Das Treupfand und seine Verklarung

Ein Beitrag zur Reform der Sicherungsübereignung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

Vorgelegt von

Hellmut Lützow

Berlin W. 35

Lützow-Ufer Nr. 13

Approbiert am 17. XII. 1936

1 9 3 7

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr., Klosterstraße 16

1937/212

Referent: Professor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung

Seite

Einleitung 1

I. Der Kredit im allgemeinen 2

II. Die Unzulänglichkeit des Pfandrechts im modernen Kreditverkehr 4

III. Die Sicherungsübereignung 7

1. Geschichtliche Entwicklung (Sicherungskauf) . 8

2. Wesen und juristische Konstruktion . . . 10

3. Mängel und Gefahren 13

4. Die Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung 19

5. Kritische Stellungnahme 22

IV. Die bisherigen Reformvorschläge 23

1. Völlige Beseitigung der Sicherungsübereignung ohne Schaffung eines Ersatzmittels . . . 23

2. Innere Reform durch gesetzliche Maßnahmen . 25

3. Das Registerpfandrecht 27

V. Das Treupfand 30

1. Wesen und konstruktiver Gehalt 30

2. Gutgläubiger Erwerb des Treupfandes . . 41

3 Pfandgegenstand 45

4. Das Innen- und Außenverhältnis 51

VI. Die Verklarung des Treupfandes 59

Schrifttum.

Ackermann: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Diss. Marburg 1919.

v. Amira: Grundriß des germanischen Rechts 1897, 1913.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München 1883.

Bauer-Mengelberg: Knebelungsverträge in Rechtsfragen der Praxis, Bd. 19/20, 1931.

Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1934.

Beyerle: Grundriß des deutschen Privatrechts 1932.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Auflage, Berlin 1914.

Boschan: Sicherungsübereignung und Gläubigernot in JW. 1912, S. 8 ff.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1 u. 2.

Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1925.

Bulling: Das Registerpfandrecht nach dem Entwurf eines Gesetzes betreffend die Einführung des Registerpfandrechts vom 30. Januar 1936, Diss. Erlangen 1927.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1903.

Caspari: Sicherungsübereignungsverträge in JW. 1935, S. 674.

Colditz: Sittenwidrige und zum Schadensersatz verpflichtende Sicherungsübereignungen. Diss. Leipzig 1934.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen 1900.

Denkschrift des Reichsjustizministeriums vom 18. 8. 1926.

Denkschrift betreffend Einführung eines durch Vertrag zu begründenden besitzlosen Pfandrechts an beweglichen Sachen (Registerpfandrecht, Mobiliarhypothek) Drucks. d. Reichstags, 3. Wahlperiode 1924/26 Nr. 1811.

Dölle: Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen Staat in Schmollers Jahrbuch 1933, Bd. 57.

Dreyer: Das fiduziarische Rechtsgeschäft in Gruchot Bd. 40, S. 233 ff.

Düringer: Zur Lehre vom Sicherungskauf in Leipziger Zeitung 1908, S. 97 ff.

Eckhardt: Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht. Zeitschrift für Handelsrecht 1926, S. 253 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Auflage, Berlin 1905, Bd. II,1.

Federmann: Die Sicherungsübereignung in der Rechtsauffassung unserer Zeit und die Bekämpfung ihres Mißbrauchs. Diss. Erlangen 1936.

Feilner: Sicherungsübereignung und Registerpfand 1929.

Frank: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Aufl. 1935 (in der Arbeit kurz „Handbuch" zitiert).

Fritsche: Die gesetzlichen Maßnahmen zur Förderung und zum Schutze der deutschen Wirtschaft im Handbuch S. 543.

Fromhold: Grundriß der deutschen Rechtsgeschichte 1894.

Gaius: Gaiinstitutionem comentarii quattuor, herausgeg. von Kübler, Leipzig 1928.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl. 1934 Bd. II.

Gehrels: Die Reform der Sicherungsübereignung, ihre Gründe und ihr Ziel. Diss. Tübingen 1932.

Gerbert: Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. Diss. Rostock 1905.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II, 1905.

v. Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

v. Gierke: Schuld und Haftung, 1905.

Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts.

Groffebert: Unzulässige Sicherungsübereignungen. Diss. Greifswald 1933.

Groß: Das Recht der Sicherungsübereignung nach § 930 BGB., Berlin 1932.

Gutachtliche Aeußerungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs III, S. 375.

Hallbauer: Die Sicherungsübereignung als Kreditmittel in Bank-Archiv 1909, S. 326.

Hallbauer: Eine Ehrenrettung der Sicherungsübereignung in Bank-Archiv XV, S. 261.

Heck: Grundriß des Sachenrechts 1930.

Heck: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages 1891, II S. 172 ff.

Hellwig: Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64, S. 369 ff.

Hellwig: Gläubigernot; Sicherungsübereignung und andere Schiebungen. Berlin 1912.

Henneberg: Sind Sicherungsübereignungsverträge vom Standpunkt der nationalsozialistischen Weltanschauung sittenwidrig und deshalb nichtig? in Deutsche Justiz 1934, S. 1440.

Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Staate (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, herausgegeben von Hans Frank, Gruppe V, 1935).

Hoeniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern 2. Auflage, 1912.

Holtz: Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung als Kreditsicherungsmittel, Berlin 1933.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Auflage Berlin 1931/33.

Joerges: Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in Arbeitsrecht und Volkstum. 1934, S. 41.

Katzenstein: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien in Gruchot Bd. 49, S. 332, 338.

Kohler: Zwölf Studien zum BGB. IV: Vertrag und Uebergabe im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18, S. 98.

Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation in Jherings Jahrbuch 16,II, S. 91 ff.

Kohler: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation in Jherings Jahrbuch 16, S. 150 ff.

Koch: Zur Sanierung der Sicherungsübereignung im Bank-Archiv 1926/27, S. 373.

Kübler: Geschichte des römischen Rechts, Erlangen 1925.

Lang: Die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 83, S. 336.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht in „Der deutsche Staat der Gegenwart" 1934.

Lange: im Handbuch S. 948.

Larenz: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Tübingen 1934.

Larenz: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage 1935.

Larenz: Vertrag und Unrecht. I. Teil: Vertrag und Vertragsbruch (Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Reihe A: Rechtswissenschaft) Hamburg 1936.

Lauritzen: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Entwicklung durch die Rechtsprechung Berlin 1936.

Lehmann: Gläubigerschutz in JW. 1926, S. 848 Nr. 15.

Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. Jena 1889.

Leonhard: Ueber die Gefahren der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutem possessorium in Gruchot Bd. 25, S. 177.

v. Liebig u. Bechert: Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft in Kritischer Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1934, 3. Folge, Bd. 27, S. 151 ff.

Linckelmann: Die Sicherungsübereignungen im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 7 S. 209 ff.

Mansfeld-Pohl: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.

Maurer: Zur Frage der Einführung des Registerpfandrechts im Zentralblatt für Handelsrecht 1926, Bd. 98, S. 163 ff.

Meinert: Sittenwidrige Sicherungsübereignungsverträge und die rechtlichen Folgen der Sittenwidrigkeit. Diss. Göttingen 1935.

Melchior: in den Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages Bd. 2, S. 203 ff.

Melzbach: Die Sicherungsübereignung bei Warenlagern in JW. 1913, S. 104 ff.

Merzbach: Das Registerpfand in Bank-Archiv 1926/26, S. 183 ff.

Meyer: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht in den „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß" Bd. 18 Heft 2.

Mögling: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Diss. Tübingen 1908.

Motive: zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 1888, Bd. II u. III.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., 1928.

Münzel: Zur Reform der Sicherungsübereignung in JW. 1935, S. 1961 u. 2607.

Nathan: Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Diss. Tübingen. 1909

Neukamp: Die Sicherungsübereignung in Bank-Archiv XV Nr. 6, S. 113 ff u. Nr. 7, S. 134.

Nückell: Die Zukunft der Sicherungsübereignung im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts zu §§ 138, 826 BGB. Diss. Erlangen 1936.

Oertmann: In welcher Form soll die Sicherungsübereignung durch die künftige bürgerliche Gesetzgebung geregelt werden. Gutachten in den Verhandlungen des 3. Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei 1927

Oertmann: Die fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890.

Pätzold: Anmerkung zur Entscheidung des Landgerichts Breslau vom 18. Januar 1934 in Deutsche Justiz 1935, S. 143.

Planck: Kommentar zum BGB., 5. Auflage 1933, Bd. III.

Puntschard: Schuldvertrag und Treugelöbnis, 1896.

Raape: Die Verfallklausel bei Pfand- und Sicherungsübereignung, Berlin 1913.

Rehbein: Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung in JW. 1910, S. 605 ff.
Reichsgerichtsräte Kommentar, 8. Auflage 1934.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930.
Schmelzeisen: Das Treupfand, Stuttgart 1936.
Schmitt: Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
Schmoller: Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 2. Teil 1919.
Schnorr v. Carolsfeld: Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht in der Deutschen Juristischen Zeitung 1935, S. 1479.
Schöndorf: Materialien zur Frage der Mobiliarhypothek im Zentralblatt für Handelsrecht Bd. 98, S. 513.
Schönfeld: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, Diss. Göttingen 1913.
Schönfeld: Von der Rechtserkenntnis 1931. 1931.
v. Schwerin: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München 1934.
v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin 1928.
Schwickerath: Die Sicherungsübereignung von noch nicht bezahlten Waren im Bank-Archiv 26 Nr. 3, S. 97.
Schwister: Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht in JW. 1931, S. 1160 und DJZ. 1934, S. 16 ff.
Senf: Zur Reform der Sicherungsübereignung in JW. 1935, S. 2607.
Siebert: Wandlung und Fortbildung des Treuhandrechts in DJZ. 1934, S. 1240.
Siegel: Der Handschlag und Eid nebst den verwandten Sicherheiten für ein Versprechen im deutschen Rechtsleben, 1894.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage. München 1926.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. Berlin 1933 Bd. III.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Auflage 1935, Bd. III, 2. Teil.
Stobbe: Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung 1935, Bd. II.
v. Thur: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II, Teil 1 u. 2 und Bd. III, 1914 und 1918.
Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages, III, S. 258 und des 15. Deutschen Juristentages 1880, II, S. 108 und 340 ff.
Verhandlungen des Deutschen Industrie- und Handelstages 1926.

Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts in Tüb. Abhandlungen 1928, Heft 15.

Weinberg: Fragen des Gläubigerschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes. Berlin, Leipzig 1926.

Weinhausen: Die Sicherungsübereignung, 3. Auflage Berlin 1928.

Weißweiler: Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Einführung eines Registerpfandes. Diss. Köln 1927.

Wernick: Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten. Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1890.

Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung (Der deutsche Staat der Gegenwart) herausgegeben von Carl Schmitt, Heft 13, 1935.

Wilutzki: Die Innen- und Außenseite des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in der DJZ. 1901, S. 20 ff.

Woelker: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Bd. 72, Heft 7/8.

Würdinger: im Handbuch, S. 1122.

Zentralverband des Deutschen Großhandels I. und II. Denkschrift zur Einführung eines Registerpfandes.

Einleitung.

Die Behauptung, daß die Sicherungsübereignung als „illegitimes Kind des Verkehrs" ein Opfer des Kampfes der Kautelarjurisprudenz gegen das staatlich gesetzte Recht und infolge ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung zu einem Kreuz des Rechtslebens und der Rechtspflege geworden ist, bedarf wohl keiner besonderen Rechtfertigung. Die Frage, ob die Sicherungsübereignung, wie sie uns aus Schrifttum und Praxis seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bekannt geworden ist, im Anschluß an den nationalsozialistischen Umbruch im Rechtsleben noch eine Stätte im neuen deutschen Recht haben könne, ist daher nur zu berechtigt und im Hinblick auf die noch zu erörternden Gefahren und Mängel bedenkenlos zu verneinen.[1]) Dem steht nicht entgegen, daß sich dieses Rechtsinstitut nach herrschender Meinung gewohnheitsrechtlich durchgesetzt hat und von Rechtslehre wie von Rechtsprechung und Gesetzgebung als rechtsgültig angesehen worden ist. Im Banne des heute überlebten Positivismus kannten Rechtsprechung und Lehre nur den starren und unwandelbaren Begriff. Weil ihnen die Begriffsbezeichnung so viel galt wie der Begriffsinhalt, war es möglich, ein Geschäft, das doch in Umgehung des Gesetzes (§§ 1205, 1253 BGB.) geschlossen war, um der formalen Bezeichnung willen als rechtsgültig anzusehen. Zu solchen Widersprüchen konnte nur ein in den feineren Unterscheidungen nicht fortschreitendes, dem Rechtsfühlen des Volkes entfremdetes, unrythmisches und mithin undeutsches Rechtsdenken führen.

Die deutsche Rechtserneuerung kann und wird daher an diesem Rechtsvorgang nicht vorübergehen, ohne ihn einer gründlichen Neuformung zu unterziehen, um gleichzeitig dem allgemeinen Verlangen gerecht zu werden, die für die Mobiliarbeleihung bestehenden Rechtsnormen auszubauen und den Verkehrsbedürfnissen anzupassen. Ganz wird zwar ein vollkommener Ausgleich zwischen den beiden widerstrebenden Interessen, Durchsetzung kreditwirtschaftlicher Bedürfnisse und Schutz der Persönlichkeit des Schuldners, wohl niemals gelingen können, ein Weg wird sich aber finden lassen, den bestehenden Mängeln soweit zu begegnen, daß eine volksnahe Regelung erreicht wird. Einen solchen Weg zu finden, ist Zweck dieser Arbeit.

---

[1]) Gleicher Auffassung sind: Würdinger im Handbuch S. 1122; Schnorr v. Carolsfeld in DJZ. 1935; S. 1479; Lange, vom alten zum neuen Schuldrecht S. 49.

I.

Der Kredit im allgemeinen.

Die Bedeutung des Kredites für unser Wirtschaftsleben liegt auf der Hand. Ohne Kredit bleibt jeder Unternehmerinitiative, wenn nicht zufällig genug Kapital vorhanden ist, die im Einzelfall erforderliche Auswirkung verschlossen, unzählige Unternehmungen würden wegen vorübergehender Zahlungsschwierigkeiten zusammenbrechen. Die Notwendigkeit eines gründlich durchgebildeten, organisierten Kreditwesens ist in Deutschland umso größer, als infolge des Krieges und der Nachkriegsereignisse der größte Teil des Volksvermögens verloren ging. Es war eine der dringlichsten Aufgaben der nationalsozialistischen Reformgesetzgebung, im Rahmen der tiefgreifenden Neuordnung der gesamten deutschen Wirtschaft[1]) den Neuaufbau durch großzügige Kreditmaßnahmen und Sicherungen einzuleiten. Es braucht in diesem Zusammenhange wohl nur an das Gesetz über die Uebernahme von Garantien für Kredite an das Kleingewerbe vom 31. X. 1933[2]) und an das Gesetz über das Kreditwesen vom 5. XII. 1934[3]) erinnert zu werden. Ganz besonders erfordert aber der am 9. September 1936 auf dem Reichsparteitag zu Nürnberg vom Führer verkündete Vierjahresplan zur Durchführung der auf industriellem Gebiet notwendigen Aufgaben Kredite in großem Ausmaß.

Die normale Form des Kredits ist der Personalkredit, d. h. die Gewährung von Darlehen bloß im Hinblick auf die Vertrauenswürdigkeit des Schuldners.[4]) Es liegt auf der Hand, daß diese Form des Kredits nur da in Betracht kommt, wo infolge langer und eingehender gegenseitiger Kenntnis der Persönlichkeit des Vertragspartners zwischen Gläubiger und Schuldner ein solches Vertrauen zur Entstehung kommen kann. Das aber ist im allgemeinen nur der Fall zwischen Bekannten und Verwandten. Für eine großräumige und großzügige Kreditwirtschaft ist diese Form der Kreditgebarung unbrauchbar. Abgesehen von der persönlichen Kenntnis setzt der Personalkredit aber auch voraus, daß der Schuldner in Geldangelegenheiten tatsächlich vertrauenswürdig ist. Wenn heute auch die weitverbreitete Angst, seines Geldes verlustig

---

[1]) Fritzsche im Handbuch S. 543 ff.
[2]) RG.Bl. 1933, S. 792.
[3]) RG.Bl. 1934, S. 1203.
[4]) Vgl. Holtz, Anwartschaftsrecht S. 2.

zu gehen, in vielen Fällen etwas übertrieben sein mag, so ist sie doch angesichts des Abgleitens der geschäftlichen Moral und der ungesunden Entwicklung, die unser Wirtschaftsleben seit Kriegsende durchgemacht hat und der viele bestbeleumdete Häuser zum Opfer fielen, nur zu verständlich.[5]) Das rapide Anwachsen der wirtschaftlichen Beziehungen, die Beschleunigung des Warenumsatzes und das damit steigende Tempo der Vertragsabwicklung nahmen dem Gläubiger in der Nachkriegszeit die Möglichkeit, sich eingehend über die persönlichen und Vermögensverhältnisse des Schuldners zu unterrichten. Diese „entpersönlichende Wirkung des Handels"[6]) führte schließlich zu einem allmählichen Schwinden des Personalkredites und man kann sagen, daß der reine Personalkredit heute im Wirtschaftsleben zur Ausnahme geworden ist.[7])

Die Regel ist heute die Kreditierung gegen Sicherheit, der sogenannte Realkredit, der auf der Unterlage bestimmter, dem Gläubiger zur Verfügung gestellter Wertgegenstände dem Schuldner eingeräumt wird.[8]) Als Sicherheit kommt vor allen Dingen der Grundbesitz in Betracht wegen der relativen Wertstabilität und wegen der rechtlichen Sicherheit, die der Gläubiger durch den Grundbucheintrag erlangt.

Aber diese Form des Realkredits, der sogenannte Hypothekenkredit, setzt wiederum voraus, daß der Schuldner oder wenigstens ein für ihn einspringender Dritter Grundeigentümer ist, was bei der überwältigenden Mehrheit der städtischen Kleingewerbetreibenden nicht der Fall ist. Auf der anderen Seite ist die Belastbarkeit von landwirtschaftlichen Grundstücken, die gerade für die tüchtigen und aufwärtsstrebenden Bauern das Gegebene wäre, durch das Reichserbhofgesetz vom 29. IX. 1933 stark eingeengt worden.[9]) Vor allem ist zur Zeit die Zugriffsmöglichkeit der kreditgebenden Hypothekengläubiger auf das Sicherungsobjekt nach den neuen Vorschriften auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung erschwert, so daß sich heute dem

---

[5]) Es sei an den Zusammenbruch der Großbanken im Jahre 1932, an den Konkurs der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-AG., der Nordwolle-AG. erinnert, der eine Flut weiterer Zusammenbrüche nach sich zog.

[6]) Ausdruck von Müller-Erzbach Deutsches Handelsrecht S. 241.

[7]) Vgl. hierzu Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft S. 16 ff. und Schwickerath Bank Arch. XXVI, S. 97.

[8]) Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre S. 202.

[9]) § 37 REG. lautet: .....„Der Erbhof ist grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar".

Hypothekarkredit praktisch starke Hemmnisse in den Weg stellen.[10])

II.

Die Unzulänglichkeit des Pfandrechts im modernen Kreditverkehr.

Es bleibt also nichts anderes übrig, als auf bewegliche Sachen zurückzugreifen, um weitere Sicherungsmöglichkeiten zu erschließen. Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet hier die Möglichkeit der Verpfändung beweglicher Sachen. Aber auch das gewöhnliche Pfandrecht ist nicht in der Lage, den wirtschaftlichen Erfordernissen voll Rechnung zu tragen, die heutzutage an die Sicherung des Gläubigers vermittels beweglicher Sachen gestellt werden müssen. Das soll im folgenden kurz erläutert werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bekanntlich streng an dem Grundsatz der Erkennbarkeit des Pfandrechts festgehalten, wie es im deutschen Recht gewesen war, um so den Gefahren, denen die römischrechtliche Entwicklung erlegen war, zu entgehen. Im Gegensatz zu der bereits zur Zeit der Zwölf Tafeln in Rom bekannten[1]) „fiducia cum creditore contracta"[2]) gewährte nämlich das zwar bekannte[3]), später die fiducia verdrängende „pignus" dem Gläubiger kein dingliches Recht, das ihm gestattete, über die Sache zu verfügen, sondern lediglich Besitz, so daß man sich daran gewöhnte, ein zu dem pignori dare hinzutretendes besonderes pactum de vendendo zu schließen, kraft dessen der Gläubiger die Möglichkeit hatte, über die Sache zu verfügen.[4]) Dies führte dann weiter dazu, daß man später ein solches pactum allein für ausreichend hielt und der Gläubiger, ohne daß eine Besitzübertragung erforderlich war, ein Pfandrecht, die sogenannte

---

[10]) Vgl. die §§ 5 u. 7 der VO. über Maßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung vom 26. V. 1933.

[1]) Kübler: Geschichte des römischen Rechts S. 44; Oertmann, die fiducia im römischen Privatrecht S. 63.

[2]) Dieser Realvertrag wurde zum Unterschied von der fiducia zum amico contracta (Gaius II §§ 59 u. 60), die nur Verwahrungszwecken diente, (Kübler a.a.O. S. 45) durch mancipatio oder in jure cessio eingegangen. Der Gläubiger wurde nach außen, ohne Besitzer zu sein, Volleigentümer und durch das gleichzeitig abgeschlossene pactum fiduciae dem Schuldner gegenüber obligatorisch zum beschränkten Gebrauch und zur Rückgabe verpflichtet.

[3]) Kübler a.a.O. S. 44.

[4]) Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen S. 341 ff.

hypotheca, kraft bloßer Einigung erhielt. Dieses besitzlose Sicherungsmittel, das sich bei den Römern und später jahrhundertelang bei allen Völkern, die römisches Recht rezipiert hatten, einer erheblichen Beliebtheit erfreute, führte nach und nach zu einer völligen Zerrüttung der Kreditverhältnisse [5]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich von dieser Gestaltung des Pfandrechts abgewandt und das Prinzip der Erkennbarkeit in den Vordergrund gerückt und zwar in dem Grade, daß die Ersetzung der Besitzübertragung durch constitutum possessorium nicht gestattet ist. [6])

Dies aber gerade ist es, was die Unzulänglichkeit des Pfandrechts dem modernen Kreditverkehr gegenüber bewirkt. Gewiß erlangt der Gläubiger eine einwandfreie Sicherheit; er hat die Möglichkeit, sich im Wege eines seine Interessen in vollem Umfange schützenden Verfahrens Befriedigung aus der Sache zu verschaffen, sein Besitz schließt auch alle unrechtmäßigen Verfügungen über die Sache durch den Schuldner zugunsten Dritter aus. Aber der Preis, der vom Schuldner dafür bezahlt wird, ist in den meisten Fällen zu hoch. Die Notwendigkeit der nun einmal unbedingt erforderlichen Uebergabe der Sache an den Gläubiger bedeutet für den Schuldner zumeist eine so schwere Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Lage, daß demgegenüber der in der Krediterlangung liegende Vorteil verbunden mit der Gewißheit, seinen Gläubiger gesichert zu haben, gering erscheint. Es ist nämlich zu bedenken, daß es sich in den meisten Fällen um immerhin wertvolle Sachen handeln wird, die für den Schuldner unentbehrlich sind; an anderen Gegenständen hat der Gläubiger meist kein Interesse. Betrachtet man die Lage des kleinen Handwerkers, so wird man höchstens bei einigen Hauseinrichtungsgegenständen, Möbeln u. a. m. etwa eine Entbehrlichkeit zugestehen können. Aber gerade hier handelt es sich meist um Sachen, die sich wegen ihrer Beschaffenheit und persönlichen Eigenart nicht zur Besitzübertragung eignen; außerdem wird der Gläubiger mit Verpfändung von Möbeln im allgemeinen nicht einverstanden sein, da deren Versteigerungserlös erfahrungsgemäß relativ klein ist, so daß sich vielfach die aufgewandten Kosten für Lagerung pp. nicht lohnen.

Es wird sich also in der Regel nur das eigentliche Arbeitszeug des Schuldners, sein Handwerkszeug, Waagen, Material etc. zur Verpfändung eignen. Nun liegt aber auf der

---

[5]) Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II,1, § 113, 1.

[6]) Vgl. hierzu RGR. Komm. § 1205 Anm. 10 S 708; Heck, Grundriß § 102, 4, a.S. 418; Planck: § 1205, 1, b.S. 1158; Motive III, 801, Anm. S. 1.

Hand, daß mit der Weggabe solcher Sachen der Betrieb des Schuldners schwer beeinträchtigt, wenn nicht völlig lahmgelegt wird. Das würde aber dazu führen, daß er seiner Einnahmequellen nunmehr vollends beraubt würde, was dann wieder dazu führen wird, daß das Pfand zur Versteigerung kommt.

Faustverpfändungen derartiger Gegenstände kommen aber für die Gegenwart überhaupt schon deshalb nicht in Frage, weil eine solche Pfandbestellung mit allen ihren gesetzlichen Folgen eine für den deutschen Sozialismus untragbare Belastung wäre. Das deutsche Recht ist ein Sozialrecht[7]) eigener Prägung. Der Begriff des sozialen Rechts ist eine Schöpfung der jüngsten Zeit. Die großen sogenannten Krisen, die zur außenpolitischen Ohnmacht führenden innenpolitischen Kämpfe haben erst allmählich der Einsicht Boden gewinnen lassen, daß Arbeitswille und -Kraft eines Volkes seine wertvollsten Besitztümer seien und daß die im Arbeitskampf des Einzelnen erforderlichen Mittel ein so wesensnotwendiges Zubehör der Einzelpersönlichkeit bilden, daß die mit der Besitzaufgabe verbundene Verpfändung als unsozial und insoweit als unsittlich zu betrachten ist.

Aehnlich liegen die Verhältnisse in der Landwirtschaft. Für die meisten Bauern ist die Belastung des Bodens durch die Einführung des Reichserbhof-Gesetzes praktisch unmöglich geworden; für landwirtschaftliche Pächter käme die Hypothekenbestellung ohnehin nicht in Betracht, da sie nicht Eigentümer des Pachtlandes sind. Es bleibt also auch hier nur Inventar, Maschinen, Vieh und Saaten pp., die für eine Sicherung des Gläubigers praktisch in Betracht kämen. Es liegt auf der Hand, daß die Weggabe solcher Sachen oft das Ende der landwirtschaftlichen Betätigung für Bauern und Landwirte bedeutet, zumindest aber eine große Erschwerung ihrer Berufsarbeit darstellen würde. Der eigentliche Zweck der durch die Sicherung ermöglichten Kreditierung, die Belebung des Betriebes, würde also in sein Gegenteil verkehrt.

Eine weitere Schwierigkeit regulärer Verpfändung besteht darin, daß es dem Gläubiger oft unmöglich ist, die ihm verpfändeten Sachen zu verwahren. Landwirtschaftliche Kreditinstitute haben so gut wie niemals die Möglichkeit, verpfändetes Vieh oder dergleichen selbst in Verwahrung zu nehmen. Der Unkostenapparat wäre viel zu groß und würde ins Ungemessene steigen. Selbst wenn sie bei anderen Bauern die Pfandstücke einstellen könnten, so wird das doch in der Regel nur sehr beschränkt möglich sein. Ist diese Möglichkeit erschöpft oder gar nicht vorhanden, so wird eine weitere Kreditierung eben im Hinblick auf die Notwendigkeit der Besitzübertragung in der Praxis abgelehnt werden.

---

[7]) dazu schon Fromhold, deutsche Rechtsgeschichte S. 57.

Eine ähnliche Situation ergibt sich beim Kaufmann und wohl auch bei vielen Privatleuten. Da der Gläubiger in der Regel keinen Platz für die verpfändeten Waren hat — Schmucksachen und Kostbarkeiten werden als Pfandstücke nur selten zur Verfügung stehen — so wird nichts anderes übrig bleiben, als daß der Gläubiger einfach den Betrieb des Schuldners übernimmt. Abgesehen davon, daß hiermit das Ende der Selbständigkeit des Schuldners besiegelt wäre, und das will der heutige Staat auch gar nicht, würden dem Gläubiger eine Menge von Erhaltungskosten und sonstigen Auslagen entstehen, die er in der Regel nicht tragen kann und ablehnen wird. Vor allem aber liegt darin niemals der Sinn praktischer Kreditgewährung. Sie soll, volkswirtschaftlich gesehen, den Schuldner hochbringen, nicht vernichten.

Aus allen diesen Gründen ergibt sich, daß das Faustpfand des BGB. kein geeignetes Sicherungsmittel darstellt, wie es der moderne Kreditverkehr verlangt — im Gegensatz zu den wesentlich einfacheren Wirtschaftsverhältnissen von früher. Im allgemeinen kann gesagt werden, daß das Faustpfand heute eher zu einer Hemmung als zu einer Belebung des Wirtschaftslebens beiträgt, und daß darüber hinaus sehr oft eine Kreditierung im Einzelfall verweigert wird, weil man sich gezwungen sieht, das Faustpfand als Sicherung einfach abzulehnen.

Damit erhebt sich nun die Frage, wie hier ein Ersatz zu schaffen ist. So viel ist klar: Auf eine Sicherung kann nicht verzichtet werden, und Grundstücksbelastungen scheiden in den meisten Fällen, wie wir gesehen haben, aus. Man ist und bleibt daher auf die Sicherung durch Mobilien angewiesen. Es wäre eine unbillige Härte für die Gewerbetreibenden, wenn man ihnen zumuten wollte, auf ihren Sachbesitz an betriebswichtigen Gegenständen als Sicherungsmittel zu verzichten. Denn das würde bedeuten, daß durch die mangelhafte juristische Handhabe, die das Gesetz zum Zwecke einer sicherungsweisen Ausnutzung zur Verfügung stellt, auch der Wert dieser Sachen selbst erheblich beeinträchtigt würde, denn Erfahrungstatsache ist, daß die Sicherungsfähigkeit eines Gegenstandes einen wertbestimmenden Faktor darstellt.

III.

Die Sicherungsübereignung.

So hat denn der Verkehr im Laufe der letzten Jahrzehnte unter Billigung durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung über das Gesetz hinaus in Anlehnung an die „fiducia" des römischen Rechts die Sicherungsübereignung ausgebildet, deren entscheidende Bedeutung darin liegt, daß der

Schuldner im Besitz der Sache verbleibt, die als Kreditunterlage in Betracht kommt, und daß an Stelle der nunmehr nicht mehr brauchbaren Verpfändung die Uebereignung gemäß § 930 BGB. tritt und im übrigen der Gläubiger schuldrechtlich im Innenverhältnis dem Schuldner gegenüber gebunden bleibt, die übereignete Sache nach Bezahlung der Schuld an diesen zurückzuübereignen. Bis zur allgemeinen Anerkennung der Sicherungsübereignung in dieser Form hat das Institut einen langen Weg zurücklegen müssen, der kurz dargestellt werden soll.

1. Geschichtliche Entwicklung (Sicherungskauf).

Bereits vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches [1]) hat das Bedürfnis, über das Pfandrecht hinaus weitere Sicherungsmöglichkeiten vermittels beweglicher Sachen zu schaffen, zur Einführung des sogenannten „Sicherungskaufes" geführt, der auch nach 1900 noch lange Zeit hindurch theoretisch behandelt und praktisch angewandt wurde, bis er schließlich durch die Sicherungsübereignung abgelöst wurde.

Der Sicherungskauf, eine der bizarrsten juristischen Konstruktionen, ein „juristisches Angstgebilde", wie es Hallbauer [2]) zutreffend nennt, beruht auf der gemeinrechtlichen Lehre vom „titulus" und „modus", d. h. der Anschauung, daß ohne einen auf dinglichen Erwerb gerichteten gültigen Schuldvertrag Eigentum nicht übertragen werden könne. Man war also, praktisch gesehen, gezwungen, einen Kaufvertrag zu schließen, d. h. ein auf Umsatz gerichtetes Geschäft, wollte man eine Sache einem Dritten übereignen. Da man nun aber ganz etwas anderes bezweckte, nämlich bloße Sicherung, so mußte man durch mannigfaltige Nebenabreden dem Ziele näher zu kommen versuchen. In diesen Nebenabreden, die, wie man zugeben wird, vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gerade den Schwerpunkt des ganzen Institutes bildeten, wurde bestimmt, daß der Kaufpreis gegen die zu sichernde Forderung aufgerechnet werde, um so zu vermeiden, daß der Gläubiger nun auch noch den Kaufpreis zu zahlen hätte [3]). Es wurde weiter vereinbart, daß der Verkäufer (Schuldner) ein Rückkaufsrecht auf die Sache in Höhe seiner Forderung haben sollte [4]). Schließlich wurde noch

---

[1]) Vgl. für das Gebiet des französischen Rechts Artikel 1582, 1107 Code civil. Vgl. RGZ. 13, S. 299; für das Gebiet der freien Hansestädte und der Großherzogtümer Mecklenburg vgl. RGZ. 24, S. 53 und 57, S. 177.

[2]) In Bank Arch. 8. Jahrgang, S. 325.

[3]) Linkelmann in Arch. bürg. R. Bd. 7; S. 212.

[4]) Staub, Komm. zum HGB. § 373 Anm. 51 ff.

die Uebergabe der Sache durch Besitzkonstitut unter Vereinbarung eines Mietverhältnisses ersetzt, wobei der Mietzins teils an die Stelle des Kapitalzinses, teils als Amortisationszahlung hinsichtlich der — durch Aufrechnung erloschenen — Forderung tritt [5]). Man sieht, ein wahres Ungeheuer von (romanistischer) Konstruktion, das die Ohnmacht der damaligen Zeit, lebenswirkliches Recht geistig zu fassen, in aller Deutlichkeit zeigt.

Auch die Rechtsprechung hat den Sicherungskauf anerkannt [6]), obwohl diese Konstruktion alles andere als natürlich war; immerhin ist festzustellen, daß einzelne Entscheidungen das Bedenkliche dieser Auffassung erkennen lassen. In Wirklichkeit wollen ja die Parteien gar nicht kaufen, insbesondere will der Gläubiger gar nicht den Untergang seiner Forderung durch Aufrechnung herbeigeführt sehen; die Forderung soll vielmehr fortbestehen. Das Sach„miete" genannt wird, was Kapitalzins sein soll, ist genau so schief; nur zu oft steht diese Miete zu dem Wert der Sache in gar keinem Verhältnis. Ganz unverständlich aber wird die Situation, wenn vom Schuldner auf das empfangene Kapital Abzahlungen vorgenommen werden, die alle den Namen „Mietzins" tragen (und als solche übrigens unverhältnismäßig hoch sind), die dann aber plötzlich, wenn die Höhe der ursprünglichen Forderung erreicht ist, als Rückkaufpreis gelten ! ! ! Daß unter diesen Umständen dieses Rechtsgebilde mehr Feinde als Freunde hatte, ist nur zu verständlich. [7]) Inzwizwischen sind aber mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches viele der gegen die Gültigkeit des Sicherungskaufs sich erhebenden Bedenken hinfällig geworden. Das Bürgerliche Gesetzbuch verzichtet auf die Lehre vom „titulus" und „modus" und führt eine scharfe Trennung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft durch. Die Wirksamkeit der Uebereignung ist nunmehr unabhängig von dem Vorhandensein eines sie bezweckenden Grundgeschäfts oder dessen Gültigkeit. Damit konnte man auf die umständliche Konstruktion des Sicherungskaufes verzichten und gerade das bewerkstelligen, was man auch beabsichtigte; nämlich die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherung.

Das ist zweifellos ein großer Fortschritt gegenüber dem früheren Rechtszustand, und wir bemerken, daß die Schriftsteller in der Uebergangszeit sich energisch zugunsten der abstrakten Sicherungsübereignung entschieden. [8]) Schon jetzt

---

[5]) Düringer in LZ. 1908, S. 97 ff.
[6]) RGZ. 2, S. 173; 13, S. 200; 26, S. 180.
[7]) Vgl. Düringer; a.a.O. S. 97 ff; Hellwig Arch. Ziv.Pr. 64, S. 384.
[8]) Düringer a.a.O. S. 106.

können wir feststellen, — und es soll offen bekannt werden — daß im Prinzip die besitzlose Forderungssicherung eine große Bereicherung unseres Rechtssystems darstellt, die in mannigfacher Weise befruchtend auf die Rechtsgestaltung wichtiger Wirtschaftsfragen eingewirkt hat, und daß die Beschäftigung mit dieser Materie niemals ihre Beseitigung, sondern nur eine zweckmäßige Ausgestaltung im einzelnen im Auge gehabt hat.

2. Wesen und juristische Konstruktion.

Unter der Sicherungsübereignung versteht man allgemein einen Vertrag „in dem einem Gläubiger (Sicherungsnehmer) zu einer Sicherstellung für eine bereits begründete oder erst künftig entstehende Forderung von seinem Schuldner (Sicherungsgeber) ein Vermögensgegenstand ernstlich übereignet wird, so daß der Gläubiger wirklicher Eigentümer mit allen aus dem Eigentum fließenden Rechten sein soll". [9]) Das Kennzeichen der in dieser Begriffsbestimmung erwähnten Uebereignung bildete in der Praxis die Uebereignung im Wege des Besitzkonstituts. Da nämlich, wie wir früher gesehen haben, der Schuldner fast ausnahmslos ein Interesse daran hat, im Besitz der Sache zu verbleiben, so wird in den allermeisten Fällen die nach § 929 BGB. erforderliche Uebergabe durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts gemäß § 930 BGB. ersetzt. In dieser Form ist die Sicherungsübereignung ein notwendiger Bestandteil unserer Rechtsordnung geworden. Wenn nun heute allgemein eingeräumt wird, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einer Forderungssicherung durch Sicherungsübereignung eine gefestigtere Grundlage zur Verfügung stellt als das frühere Recht, so heißt das nicht, daß das Institut in rechtlicher Beziehung in der Folgezeit unangefochten geblieben wäre. Das Reichsgericht ist indessen von Anfang an in konstanter Rechtsprechung [10]) mit aller Entschiedenheit für seine Gültigkeit eingetreten und mit ihm dann auch das Schrifttum [11]) in steigendem Maße. Wir dürfen aber die Augen nicht vor der Tatsache verschließen, daß der Sicherungsübereignung trotz der geschickten und gewandten Formulierung der Praxis von Anbeginn ihrer Einführung an, Mängel anhafteten, und aus

---

[9]) Vgl. Staub Komm. zum HGB. § 368, Bem. 95; Groß das Recht der Sicherungsübereignung nach § 930 BGB. S. 3; Weinhausen, Sicherungsübereignung S. 5.

[10]) RG. 57, 178; 59, 146; 62, 126; 113, 57; 117, 270; 118, 209; 124, 73.

[11]) Weinhausen, Sicherungsübereignung 1928; Planck-Brodmann Anm. 5 zu § 929; von Thur III, S. 190; Staudinger, § 929, VIII, 2, S. 847; Henneberg in DJ. 1934, S. 1440 ff. Hallbauer, Bank Arch. XV. S. 261.

den Kreisen des auf besondere Reinheit wissenschaftlicher Konstruktion dringenden Schrifttums Angriffe [12]) laut wurden, denen eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden konnte. Allerdings haben alle diese Angriffe nicht mehr — wie früher bei Sicherungskauf — die Unzulässigkeit der sicherungsweisen Uebereignung als solcher zum Gegenstand, sondern sie machen geltend, daß dieses Rechtsinstitut nichts weiter sei, als eine verschleierte Pfandbestellung, so daß im Einzelfall der Vertrag entweder wegen Simulation oder aber wegen Verletzung der Pfandrechtsvorschriften nichtig sei. Es wird also der Vorwurf erhoben, daß das ganze Institut „in fraudem legis" gehe. [13]) Das ist der immer wiederkehrende Refrain der in dieser Richtung zielenden Angriffe des Schrifttums. Denn weder wolle der Gläubiger die Sache ernstlich haben, noch der Schuldner auf die Sache ernstlich verzichten; es könne also unmöglich eine wahrhafte Uebereignung gemeint gewesen sein, folglich sei sie gemäß § 117 BGB. nichtig. [14]) Das ist indessen unrichtig und der Einwand der Simulation ist denn auch später in Wissenschaft [15]) wie Rechtsprechung [16]) abgelehnt worden. Wer ein Geschäft nur zum Schein abschließt, dem kommt es nur auf den äußeren Eindruck an; das Geschäft selbst will er nicht; er will tarnen. Hier aber, bei der Sicherungsübereignung, wollen die Parteien gerade die Uebereignung sehr ernstlich, eben weil es doch mit der Pfandrechtsbestellung nicht geht. [17]) Das Problem lautet also: Liegt ein Scheingeschäft vor, wenn der Pfandzweck durch Uebereignung erstrebt wird? Darauf kann die klare Antwort — jedenfalls auf dem Boden des Bürgerlichen Gesetzbuches — nur lauten: Nein! Die Ernstlichkeit der wirklich auf Uebereignung gerichteten Willenserklärungen geht ja insbesondere daraus hervor, daß die Parteien die Unbequemlichkeiten, mit denen die Sicherungsübereig-

---

[12]) Vgl. Bähr, Urteile des RG. S. 52, Hellwig, Arch. Ziv.Pr. 64, S. 369, Kohler, Jher. Jahrb. 16, S. 150, neuerdings Würdinger im Handbuch S. 1122.

[13]) Hellwig Arch.Ziv.Pr. 64 S. 369 ff. Wilutzki in DJZ. 1901 S. 20. Kohler in Jher. Jahrb. 16 S. 150. Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession S. 33 ff.

[14]) Katzenstein. Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien in Gruchot Bd. 49 S. 332/338, ebenso Leist, ders. Titel S. 99 ff.

[15]) Crome, System des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 333 u. 418, Hellwig a.a.O. S. 375/6; Dreyer in Gruchot Bd. 40 S. 238; Kohler in Arch. bürg. R. 18/98; Mögling, das fiduziarische Rechtsgeschäft S. 16; Bähr a.a.O. S. 52.

[16]) RGZ. 24, 161; 30, 275; 53, 417; 39, 166.

[17]) Vgl. Hellwig a.a.O. S. 374 und Caspari a.a.O. S. 27.

nung behaftet ist, und auf die später noch eingehend zurückzukommen sein wird, gerade auf sich nehmen.

Nun geht man aber einen Schritt weiter. Man greift auf die Pfandvorschriften des BGB. zurück, stellt deren Verletzung fest und beweist so die Ungültigkeit der Sicherungsübereignung (§ 134 BGB.); insbesondere beruft man sich dabei auf die Vorschriften der §§ 1205 und 1229 BGB.[18]) Hier lautet das Problem also: Ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der dieses Rechtsgeschäft tragende Zweck auf einem bestimmten gesetzlich geregelten Wege erreichbar ist, von den Parteien das gleiche wirtschaftliche Ziel aber auf anderem Wege, vermittels eines anderen Rechtsgeschäftes im Einzelfall erstrebt wird? Auch hier muß die Antwort eindeutig auf „Nein" lauten. Bei den Versuchen der Gegner scheint mir eine petitio principii vorzuliegen. Wenn tatsächlich die Sicherungsübereignung rechtlich und wirtschaftlich der Pfandrechtsbestellung gleich zu setzen wäre, so wäre allerdings ein Verstoß gegen § 1205 BGB. zuzugeben. Indessen scheint mir gerade dies nicht zuzutreffen. Hellwig[19]) führt aus, daß es sich bei der Sicherungsübereignung darum handele, dem Gläubiger ein Vorzugsrecht an einer Sache zu verschaffen. Soweit stimmen wir mit ihm überein. Indessen können wir ihm nicht mehr folgen, wenn er weiter behauptet, daß es nunmehr unwesentlich sei, ob man dieses Vorzugsrecht in der Form des eigentlichen Pfandrechts oder der Eigentumsverschaffung einräume. Das scheint uns im Gegenteil von größter rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung zu sein. In dem Moment nämlich, wo man erkennt, daß das Pfandrecht nicht die einzige zulässige Form der Sicherung eines Kredites ist, — und im Hinblick auf § 223 Abs. II BGB. wird nichts anderes übrig bleiben, als sich dieser Auffassung anzuschließen — entscheidet die gesetzliche Regelung des Pfandrechts nicht mehr über das, was bei sonstigen Sicherungsmitteln zu gelten hat. Jede Sicherung lebt nach eigenem Recht. Es wäre anders, wenn durch positive Gesetzesvorschrift das ausdrückliche Verbot der Sicherung auf anderem, als auf dem vorgeschriebenen Wege bestünde. Davon aber ist keine Rede. Wenn auch nach bürgerlichem Recht ein Pfandrecht nicht besitzlos bestellt werden kann (siehe § 1205 BGB.), so ist dies bei der Sicherungsübereignung eben der Fall.

---

[18]) Hellwig a.a.O. S. 369 und in „Gläubigernot" S. 146, Kohler in Jher. Jahrb. 16 S. 150; Caspari a.a.O. S. 38; Wilutzki in DJZ. 1901 S. 20/21; Raape S. 52; Gerbert, die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht S. 25/26/60; neuerdings Würdinger im Handbuch S. 1122; Hoeniger, die Sicherungsübereignung von Warenlagern S. 32.

[19]) Hellwig a.a.O. S. 369.

Dasselbe gilt für die lex commissoria.[20]) Sieht man in der Sicherungsübereignung nichts anderes als eine Sicherung, so ist man nur allzu leicht versucht, die Verfallklausel von § 1229 BGB. für ungültig zu erklären. Betrachtet man dagegen das Institut als das, was es ist, nämlich als wirkliche Uebereignung, so können diese Bedenken nicht auftauchen. Was hindert den Schuldner, dem Gläubiger die Sache an Erfüllungsstatt zu übereignen? Bestehen hier etwa schuldrechtliche Bedenken? Wenn er dies aber tun kann, muß er auch unter der Bedingung der Nichtrückzahlung des Kredits übereignen können. Hinzu kommt, daß im Falle des § 1229 BGB. der Gläubiger erst mit der Nichtzahlung der Schuld Eigentümer werden soll, während er es bei der Sicherungsübereignung ja von vorn herein wird. Von einem Verfall im Sinne des Gesetzes kann hier daher keine Rede sein.[21]) Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß das Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung sich auf dem Boden des Bürgerlichen Gesetzbuches trotz aller Proteste schließlich hat durchsetzen können. Rechtliche Bedenken standen dem Institut als solche nach Widerlegung der Zweifel nicht mehr im Wege. Die Anerkennung, die es überall gefunden hat[22]), ist in neuerer Zeit auch die Gesetzgebung gefolgt[23]), sodaß dieser Punkt damit zum Abschluß gelangt ist.

3. Mängel und Gefahren.

Wenn nun auch die rechtliche Gültigkeit und damit die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht zu bezweifeln ist, so besagt diese Feststellung jedoch nichts über ihre sonstigen außerjuristischen Eigenschaften, insbesondere nichts darüber, ob sie den an sie gestellten praktischen und wirtschaftlichen Anforderungen entspricht. Die Prüfung der Haltbarkeit des Instituts auch gerade nach dieser Seite hin ist

---

[20]) natürlich nur in den Fällen, wo vereinbart wurde, daß der Gläubiger die Sache bei Nichtzahlung zu dauerndem Eigentum behalten solle. Vgl. Nathan S. 18.

[21]) Vgl. Düringer in LZ. 1908, S. 97 u. Motive III, S. 821, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Vorschriften des § 1229 BGB. auf die Fälle der Uebereignung mit Ausbedingung eines obligatorischen Rückkaufsrechts für den Kreditnehmer nicht anzunehmen sei. Ferner OLG. 20, 169.

[22]) Vgl. die Anmerkung auf S. 10, 10 u. 11.

[23]) In § 22 des Gesetzes betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, in den §§ 6 u. 27 der Vergleichsordnung, in § 260 a HGB. (N.F. vom 19. IX. 31) und in § 8 der VO des Reichspräsidenten zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung vom 17. XI. 31.

aber von größter Bedeutung, einfach deshalb, weil die Sicherungsübereignung in allen Sparten unserer Wirtschaft außerordentlich häufig angewandt wird und von den mehr oder weniger guten wirtschaftlichen Folgen und Auswirkungen die gesamte Volkswirtschaft entscheidend beeinflußt wird. Es handelt sich also wesentlich um die Frage, ob die Sicherungsübereignung als lebenswirkliches volksnahes Rechtsinstitut dem deutschen Wirtschaftsmenschen das gibt, was er braucht und vollständig die Bedürfnisse zu befriedigen vermag, die es zu befriedigen gilt.

Und da springt vor allem ein Gesichtspunkt in die Augen, der zu folgenschweren Spannungen im Verhältnis der Parteien untereinander und zu Dritten führen muß: Zweck des Instituts ist, wie der Name besagt, dem Gläubiger eine Sicherheit zu bieten. Man erreicht diesen Zweck durch Verschaffung von Eigentum am Sicherungsobjekt. Dem Gläubiger wird also eine weit stärkere Rechtsstellung eingeräumt, als er benötigt und billigerweise verlangen kann, denn Sicherheit bedeutet lediglich Zugriffsmöglichkeit und Verwendbarkeit unter bestimmten Bedingungen (der Nichtzahlung u. a.), nicht aber die volle Herrschaft über die Sache im Sinne des heute geltenden Eigentumsbegriffs.[24])

Dieses Mißverhältnis besteht für die ganze Dauer der Sicherungsübereignung und wird nur einigermaßen durch die interne Verpflichtung des Gläubigers ausgeglichen, die Sache gewissermaßen nur als Treuhänder zu behandeln. Das ändert aber nichts daran, daß er nach der abstrakten, d. h. formalen Rechtslage Volleigentümer ist. Wirtschaftlich dagegen könnte man wohl die zur Sicherung übereignete Sache noch als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachten, zum mindesten wertmäßig nach Abzug des Betrages der zu sichernden Forderung.

Bei dieser Sachlage ergeben sich, von rechtspolitischen Erwägungen grundsätzlicher Art ganz abgesehen, folgende Bedenken. In allen Fällen, in denen der Wert des Sicherungsguts den Betrag der zu sichernden Forderung übersteigt — und das ist die Regel — wird der Schuldner der Möglichkeit beraubt, den übersteigenden Wert der Sache für die Aufnahme weiteren Kredits nutzbar zu machen. Gerade diese Konsequenz, die beim Pfandrecht wegfällt, da ja mehrere Pfandrechtsbestellungen an einer Sache zulässig sind, trifft den Schuldner, der in bedrängter Lage auf die Ausnutzung aller Kreditmöglichkeiten angewiesen ist, besonders hart. Wir wissen heute, daß auch die ganze Volksgemeinschaft an gerechter Krediteinweisung des Leihkapitals an jeden Men-

[24]) Vgl. jetzt Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung 1935.

schen, der es benötigt, ein unmittelbares und dringendes Interesse hat.

Ferner besteht die Gefahr — und die Praxis beweist täglich, in wie starkem Maße dies der Fall ist —, daß der Gläubiger sich oft ungebührlich viele, in ihrem Wert die Forderung weit übersteigende Sachen zur Sicherung übereignen läßt. Zwar mögen die Fälle, in denen jemand die Existenz seines Schuldners zu vernichten gewillt ist und sich zur Erreichung dieses Zieles der Sicherungsübereignung ganzer Vermögenskomplexe bedient, selten sein. Häufiger schon wird eine derartige Uebersicherung vom Gläubiger verlangt ganz einfach aus einem Gefühl des Aergers darüber, daß man nicht zu seinem Gelde kommt; sehr oft dagegen auch in der Absicht, die Gefahren einigermaßen auszugleichen, die auch dem Gläubiger aus der Sicherungsübereignung drohen, und die später dargestellt werden sollen.

Aus dem erwähnten Zwiespalt zwischen Zweck und Mittel ergibt sich nun für den Schuldner die Gefahr, daß der Gläubiger, gestützt auf sein Eigentumsrecht, das Sicherungsgut weiter veräußert. Der Schuldner ist hiergegen völlig machtlos. Mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs wird der Erwerber nach § 931 BGB Eigentümer ohne Rücksicht darauf, ob er Kenntnis von dem fiduziarischen Eigentum des Gläubigers hatte oder nicht [25]).

Aber nicht nur der Schuldner ist in Gefahr, von seinem Gläubiger hintergangen zu werden; ebenso häufig, ja noch viel häufiger ist es der Fall, daß der Schuldner den Gläubiger schädigt. Das beruht darauf, daß wegen der Uebereignung gemäß § 933 BGB die Sicherungsübereignung nach außen hin nicht erkennbar ist. Der Schuldner bleibt nach wie vor im Besitz der Sache. Wenn man nun bedenkt, daß der Schuldner in bedrängter Lage ist, daß er ferner das Sicherungsgut so wie so als verloren betrachtet, weil er die Schuld vielleicht doch nicht bezahlen kann, daß er auch oft das Gefühl haben mag, durch den Gläubiger übervorteilt worden zu sein, so mag all dies im Zusammenwirken den Schuldner oft dazu bestimmen, das Sicherungsgut an einen Gutgläubigen zu veräußern. So kommt es, daß der Gläubiger seiner Sicherheit verlustig geht, und hierauf beruht es, wenn viele Gläubiger das Bestreben haben, sich unverhältnismäßig viele Sachen sicherungshalber übereignen zu lassen.

Die Hauptgefahrenseite der Sicherungsübereignung, ihre Nichterkennbarkeit nach außen, führt ferner oft zu schweren Schädigungen Dritter. Denn oft wird es vorkommen, insbe-

---

[25]) Auf diese Gefahren wird mit Recht hingewiesen von Melchior, Verhandlungen des 32. DJT. Bd. 2, S. 217; v. Tuhr, II,2, § 77 S. 200; Eckhardt, ZHR. 1926, S. 254.

sondere bei nicht sehr geschäftstüchtigen Leuten, daß sie von der Menge und Anzahl der im Besitz des Schuldners angetroffenen Vermögensstücke auf dessen Kreditwürdigkeit schließen, ohne zu wissen, daß längst nichts mehr dem Schuldner gehört. Später stellen sie dann enttäuscht fest, daß jeder Pfändung widersprochen wird. So müssen sie dann zu ihrem Schaden auch noch die Kosten der Interventionsprozesse tragen. Natürlich ist es auch umgekehrt denkbar, daß ein vorsichtiger Geschäftsmann, der Versicherung seines Kontrahenten, die in seinem Besitz befindlichen Sachen seien sein Eigentum, mit Rücksicht auf die Möglichkeit stattgehabter Sicherungsübereignungen nicht traut, obwohl das Mißtrauen unbegründet war, und so das Geschäft nicht zustande kommt, das gefahrlos hätte getätigt werden können, sehr zum Schaden der Gesamtwirtschaft.

Ebenso oft aber unterliegt der Schuldner der Versuchung, die Sachen, die er bereits einmal zur Sicherung übereignet hat, nun noch einmal oder gar mehrere Male sicherungsweise zu übereignen oder auch zu verkaufen. Sobald er, wie wir bereits erwähnt haben, dem Dritten die Sache übergibt, wird dieser Eigentümer, sofern er gutgläubig war, und der erste Sicherungseigentümer (Gläubiger) ist der Geschädigte. Die Versuchung des Schuldners, in dieser Weise zu verfahren, ist umso größer, als der Wert der Sachen, worauf auch bereits hingewiesen wurde, den Betrag der Forderung der Sicherungsübereignung vielfach weit übersteigt und der Sicherungsgeber in der Not die Fesseln gewaltsam zu sprengen versucht. Das Institut der Sicherungsübereignung führt und verführt eben häufig genug zu unreellen Machenschaften.

Aber die Sicherungsübereignung hat nicht allein die Gefahr der wirtschaftlichen Schädigung der Beteiligten oder Dritter im Gefolge, sondern darüber hinaus bietet sie mannigfach juristische Schwierigkeiten, die häufig zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit überhaupt führen. Diese Schwierigkeiten ergeben sich auch hier wieder aus dem Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel, und sie werden sich überall dort ergeben, wo bei einem Streit über die Rechtskompetenz zur Sache der eine Teil sich auf das Vollrecht des ihm übertragenen Eigentums, der andere sich dagegen darauf berufen wird, daß wirtschaftlich die Sache nach wie vor im Eigentum des Sicherungsgebers verblieben sei.[26]).

Das ist der Fall bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurs. Fällt der Sicherungsnehmer in Konkurs, so gehört die ihm sicherungshalber übereignete Sache gemäß § 1 KO. zur Konkursmasse und der Sicherungsgeber ist hinsichtlich

---

[26]) Siehe hierzu: v. Liebig u. Bechert in Krit.Viertelj. Bd. 27, S. 155 ff.

seines Rückgabeanspruchs lediglich Konkursgläubiger[27]). So wäre jedenfalls die Sachlage, wenn man für ausschlaggebend hält, daß rechtsformal Eigentum übertragen worden ist. Betrachtet man dagegen die wirtschaftliche Seite, erkennt man also an, daß wirtschaftlich der Sicherungsgeber das Eigentum behält und er den Sicherungsnehmer nur eine Sicherheit, eine Zugriffs- und Verwendungsbefugnis hatte einräumen wollen, so müßte man ihm ein Aussonderungsrecht Zug um Zug gegen Zahlung der Forderung zugestehen[28]). Es nimmt daher nicht wunder, daß beide Ansichten vertreten werden, und daß keine der beiden Ansichten als die vorherrschende bezeichnet werden kann. Auf den Streit im einzelnen einzugehen, ist hier nicht der Ort, auch nicht der Zweck der Untersuchung; es genügt die Feststellung seiner Existenz, ja der Notwendigkeit seiner Existenz, um zu erkennen, daß es sich bei dieser ganzen Institution um Halbheiten handelt, die es zu überwinden gilt, denn die Gefahr, die dieser Meinungsstreit heraufbeschwört, ist kaum zu überschätzen. Einmal erzeugt er eine unerträgliche Rechtsunsicherheit innerhalb des Sicherungsübereignungsrechts selbst, dann aber führt die Unterscheidung, die das Reichsgericht, das der zweiten Ansicht folgt,[29]) mit seiner Trennung von materiellem und formellem Eigentum macht, dazu, daß außerhalb der Sicherungsübereignung Analogien zu dieser Judikatur gezogen werden, die dann eine völlige Aufspaltung des Eigentumsbegriffs zur Folge haben.

Umgekehrt ist dann folgerichtig im Konkurs des Sicherungsgebers streitig, ob der Sicherungsnehmer aussonderungs- oder nur absonderungsberechtigt ist[30]). Auch hier ist die Quelle des Streites die Diskrepanz zwischen juristischer Form und wirtschaftlichem Zweck. So unhaltbar auf der einen Seite die Stellung des Reichsgerichts ist, das immer wieder betont hat, die Sicherungsübereignung sei nur gültig, wenn wirkliches Eigentum übertragen werde[31]), im Konkurs des Sicherungsgebers dagegen den Sicherungsnehmer nach Analogie des Pfandgläubigers behandelt sehen will, so unbillig wäre

---

[27]) Diese Ansicht wird vertreten von v. Thur II,2, § 77 S. 201; Biermann: Das Sachenrecht des BGB., § 68, Anm. 11 und Lang: Arch. f. ziv. Pr. 83, 336.

[28]) Ausführl. Lit. Angaben s. bei Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft S. 86; Jaeger, Komm. z. KO. zu § 43 Anm. 38; Urt. d. RG. vom 23. 12. 1899 in RG. 45, S. 80.

[29]) RG. 45, 84; 79, 123; 91, 15, 280; 118, 209.

[30]) Vgl. dazu Jaeger, Komm. z. KO. § 64 Anm. 6 u. § 48 Anm. 13; Staub, Komm. zum HGB. § 368 Anm. 108; v. Liebig u. Bechert, a.a.O. S. 155; RG. 24, 45; 118, 209; 124, 75.

[31]) RGZ. 99, 143; 102, 386; RGR.Komm. Bd. 3 § 930 Anm. 6 S. 263.

es freilich auf der anderen Seite, uneingeschränkt der Meinung zu folgen, die für eine Herausnahme der Sachen aus der Konkursmasse plädiert zum Schaden der übrigen Gläubiger, obwohl vielleicht der Wert der Sache den Betrag der Forderung bei weitem überschreitet.

In der Einzelvollstreckung begegnen uns dann die gleichen Schwierigkeiten. Zwei Fälle sind es hier, die besonders heftig umstritten sind. Der eine Fall ist der, daß die Sachen vom Gläubiger des Sicherungsgebers nach erfolgter Sicherungsübereignung bei diesem gepfändet werden. Soll man hier dem Sicherungsnehmer die Interventionsklage aus § 771 ZPO. geben oder soll man ihn auf den Weg des § 805 ZPO. verweisen? [32]) Beide Ansichten werden vertreten, wobei insbesondere auffallen muß, daß hier zwei der höchsten deutschen Behörden, das Reichsgericht und der Reichsfinanzhof in ihren Ansichten gegeneinander stehen. [33]) Zugegeben, daß für die Entscheidung des Reichsfinanzhofes vielleicht steuerrechtlich bedingte Gründe maßgebend waren, die im Staatsinteresse vor bürgerlichrechtlichen Grundsätzen den Vorrang verdienen, so bleibt es doch bedauerlich und für die Volkswirtschaft schwer tragbar, daß die beiden höchsten Instanzen des Reiches eine derart bedeutsame Rechtsfrage in widersprechender Weise behandeln und entscheiden. [34]).

Der zweite Fall ist der, daß die Sache nicht beim Sicherungsgeber verblieben war, sondern was hier und da vorkommt, dem Sicherungsnehmer übergeben wurde und von dessen Gläubigern gepfändet wird. Auch hier sind die Ansichten geteilt, ob man dem Sicherungsgeber die Klage aus § 771 ZPO. gewähren soll oder nicht; für § 805 ZPO. ist hier natürlich kein Raum. Diese Streitmeinungen sind ein weiterer klarer Beweis dafür, daß die Eigentumsübertragung die Quelle aller Unzuträglichkeiten, und daß eine Beseitigung dieser Mängel dringend erforderlich ist. Die verhängnisvolle Neigung unserer bisherigen Rechtsprechung, die rechtliche Beurteilung eines Rechtsgeschäftes von seinem wirtschaftlichen Zweck abhängig zu machen, führt zu heillosen und rechtspolitisch unerträglichen Zuständen, die der Volkswirtschaft und insbesondere dem Kreditverkehr außerordentlich schaden. Für den Gesetzgeber sollten diese Mängel und der

---

[32]) Ueber das Verhältnis beider Klagen zueinander siehe Gaupp-Stein-Jonas, § 805 Anm. III; Baumbach § 805 Anm. 1 u. 4; Sydow-Busch, ZPO. Bd. II, § 805 Anm. 6.

[33]) Vgl. das Gutachten des RFH. v. 8. 6. 1926 in DJZ. 26 S. 1040 (Sammlung. Bd. 19 S. 126) entgegen der Rechtsprechung des RG. RGZ. 45, 80; 79, 121; 91, 14, wo § 771 ZPO. zugebilligt wird.

[34]) Vgl. Heinrich Lehmann in JW. 1926, S. 848 Nr. 15.

Zwiespalt zwischen den beiden höchsten Instanzen eine Mahnung sein, daß es dringend notwendig ist, die heutige Form der Mobiliarbeleihung ihrer wahren wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend auszugestalten und hier notfalls völlig neue Wege zu beschreiten.

4. Die Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung.

Die aufgezeigten Mängel sind noch nicht einmal die einzigen Gründe, die in der Oeffentlichkeit den Ruf nach einer Reform haben laut werden lassen. Noch anderer Art sind die juristischen Schwierigkeiten, denen das Institut in der Praxis begegnet. Wir haben schon oben[35]) darauf hingewiesen, daß die Nichterkennbarkeit der Sicherungsübereignung durch Dritte den Gläubiger häufig dazu veranlassen wird, sich wesentlich mehr übereignen zu lassen als zur Sicherung seiner Forderung an sich notwendig wäre.[36]) Häufig ist die Sicherungsübereignung das Mittel, um lästige Konkurrenten wirtschaftlich zu vernichten, denn die Unmöglichkeit der Kontrolle veranlaßt den Gläubiger, die Not seines Schuldners möglichst auszunutzen. So kommt es in der Praxis denn tagtäglich vor, daß der Schuldner sein ganzes Warenlager dem Gläubiger zur Sicherheit für Forderungen, die wertmäßig erheblich geringer sind, übereignet, sogar unter Einbeziehung aller künftig hineingelangenden Sachen, sodaß — praktisch gesprochen — der Schuldner seine Selbständigkeit verliert.

Die Rechtsprechung sieht sich hier fast vor unlösbare Aufgaben gestellt. Sie hat nun einmal angesichts der Notwendigkeit, den Mangel eines besitzlosen Pfandrechts auszugleichen, die Rechtsgültigkeit der Sicherungsübereignung anerkannt, muß aber zugeben, daß mit dem Guten auch unendlich viel Bedenkliches und Schädliches seinen Einzug in das Wirtschaftsleben hält. Die Rechtsprechung hat versucht, dieser Gefahr durch Anwendung der Mittel, die das Gesetz zur Verfügung stellt, Herr zu werden. Unter bestimmten Voraussetzungen wird die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung

---

[35]) S. 15/16.

[36]) Das RGZ. 136/253 nennt diesen Tatbestand „Aussaugung" und versteht darunter: Der Schuldner wird von dem Sicherungsnehmer aus gleichen eigensüchtigen Beweggründen (wie bei der Konkursverschleppung) in seinen Mitteln und seiner Bewegungsfreiheit so eingeengt und allmählich derart ausgesogen, daß sein Geschäft zugrunde gehen muß, und er zum Schaden der anderen Gläubiger dem Konkurs zugetrieben wird.

behauptet und zwar wegen Verstoßes gegen die guten Sitten [37]) oder wegen Mangels der Bestimmtheit der übereigneten Sachen [38]). Aber auf diese Weise läßt sich dem Uebel nur unwesentlich abhelfen; denn die eigentlichen Unvollkommenheiten bestehen ja fort.

Die Vorschrift des § 138 BGB. wird vom Reichsgericht hier in doppelter Weise gehandhabt. Die Sittenwidrigkeit kann einmal im Verhältnis der kontrahierenden Parteien zueinander bestehen (Knebelungsverträge) [39]), ferner aber auch im Verhältnis der Parteien zu Dritten (Kredittäuschung) [40]).

So nutzbringend diese Rechtsprechung im Einzelfall zur Verhinderung besonderer Nachteile sein kann, so klar liegt auf der Hand, daß sie alles andere als einen Zustand der Rechtssicherheit hervorruft. Es wird sich niemals mit einiger Sicherheit feststellen lassen, wenn nun die eine oder die andere Voraussetzung für die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung gegeben ist oder nicht; denn die Grenze zwischen dem, was auf dem Gebiete der Kreditsicherung noch erlaubt und dem, was für den redlichen Verkehr unerträglich und deshalb sittlich unstatthaft ist, kann nicht fest genug gezogen werden. Maßgebend ist immer der Gesamtcharakter des Geschäfts, wie es sich nach Beweggrund, Inhalt und Zweck darstellt [41]). Dabei ist entscheidend, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter dem Anstands- und Rechtsgefühl aller gerecht und billig Denkenden widerstreitet [42]), ob es nach gesunder Volksanschauung unmoralisch ist. Man wird hierbei stets auf den Einzelfall

---

[37]) RGZ. 118, 361; 136, 247 u. 293.

[38]) RGZ. 103, 151; 129, 61; 132, 187; RG. in Warn. 1931 Nr. 156; RGR. Komm. Bd. 3 § 930 Anm. 3 S. 260.

[39]) Das sind Abkommen, die eine übermäßige dem gewährten Vorteil gegenüber unverhältnismäßige und aus diesem Grunde als unsittlich empfundene Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit der einen Vertragspartei durch die andere enthalten. Vgl. dazu Bauer-Mengelberg, Knebelungsverträge, S. 38; ferner RGZ. 113; 59 und JW. 1912 S. 457.

[40]) „Die Rücksicht auf den gesunden Verkehr .... erfordert, daß einer Vereinbarung, durch die sich ein Schuldner seines gesamten Geschäftsvermögens zugunsten eines einzigen Gläubigers entäußert und zum Werkzeug dieses Gläubigers wird, während er gleichwohl nach außen hin den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebes aufrecht erhält, die rechtliche Anerkennung versagt werde." Vgl. JW. 1911, S. 576; ferner RGZ. 136, 254.

[41]) RG. in Warn. 1915, 195.

[42]) RG. in JW. 1917 S. 282.

abstellen und beachten müssen, worauf Groffebert[43]) mit Recht hinweist, daß je nach den Umständen die Knebelung in einem Fall erst bei einem viel stärkeren Grade das Urteil „sittenwidrig" verdient als im andern. So muß z. B. den Banken und Brauereien im Verkehr mit ihren Kunden bezw. Wirten ein weit größeres Kontrollrecht über das Geschäftsgebaren des Sicherungsgebers zugestanden werden, als dies sonst gestattet werden kann.

Es ist hier nicht der Ort, im einzelnen Grundsätze aufzuweisen, die die Rechtsprechung für die Anwendung des § 138 BGB. aufgestellt hat und die Veränderungen zu erörtern, denen sie unterworfen waren. Bezüglich dieser Einzelheiten sei auf die Spezialarbeiten von Meinert[44]) und Golditz[45]) und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung verwiesen. Worauf es hier allein ankommt, ist die Feststellung, daß zwar im Einzelfall eine billige Entscheidung auf dem Boden der bisherigen Judikatur erzielt werden kann, daß aber bis zur Entscheidung durch das Gericht eine beständige Ungewißheit hinsichtlich der Gültigkeit des Sicherungsübereignungsvertrages besteht. Das hat seinen Grund darin, daß man mit § 138 BGB. immer nur von außen her eingreifen kann, daß aber damit nicht die Schwächen und Halbheiten der Sicherungsübereignung in ihrem Kern beseitigt werden.

Was für die Sittenwidrigkeit gilt, gilt entsprechend auch für die Nichtigkeit der Sicherungsübereignungsverträge wegen mangelnder Bestimmtheit der übereigneten Sachen. Gewiß wird auch hier durch die bekannte Judikatur insofern Schutz bei unreellen Geschäften gewährt, als die Sicherungsübereignungsverträge in allen Fällen nichtig sind, wo die Parteien es aus mehr oder weniger durchsichtigen Motiven an einer genügenden Bestimmtheit der Sicherungsobjekte haben fehlen lassen. Auch hier liegt dann in der Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages ein gewisser Verkehrsschutz; dieser versagt aber selbstverständlich stets dann, wenn die Parteien so vorsichtig waren, die zu übereignenden Sachen genau zu substantiieren[46]).

---

[43]) Unzulässige Sicherungsübereignungen 1935, S. 34.

[44]) Sittenwidrige Sicherungsübereignungsverträge und die rechtlichen Folgen der Sittenwidrigkeit. Göttingen 1935.

[45]) Sittenwidrige und zum Schadensersatz verpflichtende Sicherungsübereignungen. Leipzig 1934. Vgl. ferner hierzu Lauritzen: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, S. 83 ff.

[46]) Vgl. Federmann: Die Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung unserer Zeit, S. 19 u. 20.

5. Kritische Stellungnahme.

Zusammenfassend darf also gesagt werden, daß die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zwar an sich eine Handhabe zur Verhinderung der gröbsten Mißbräuche und Gefahren bieten, daß sie diesen Vorteilen gegenüber aber unverkennbar auch erhebliche Nachteile mit sich bringen. Eine noch so klare und energische Rechtsprechung vermag nämlich zur Vermeidung der Mißstände stets nur insofern einen geringen Beitrag zu leisten, als es von allen Sicherungsübereignungsverträgen stets nur ein geringer Teil sein wird, dem auf diesem Wege die Wirksamkeit genommen werden kann. Wieviel Fälle nichtiger oder anfechtbarer Verträge mag es geben, die nicht an das Licht der Oeffentlichkeit und zur Entscheidung durch den Richter gelangen! Und was nützt dem Kläger schließlich ein die Nichtigkeit solcher Verträge feststellendes Urteil, wenn die Schiebung so weit gediehen ist, daß Zwangsvollstreckungen aussichtslos sind und nunmehr nur noch das Eingreifen des Staatsanwalts den Rechtsbruch sühnen kann.

Die Rechtsprechung allein vermag die Gefahren dieses Instituts um so weniger zu beseitigen, als „die Reichsgerichtsurteile zum Teil einander widersprechen, die Oberlandesgerichtsurteile bisweilen von den beim Reichsgericht ausgesprochenen Grundsätzen bewußt abgewichen sind, und die juristische Literatur mit Gründen der Logik ein Gebiet zu erleuchten versucht, daß wegen unheilbaren inneren Widerspruchs immer bis zu einem gewissen Grade dunkel bleiben muß." [47])

Hinzu kommt, daß den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen von der Praxis immer wieder neue Vertragsklauseln gegenübergestellt werden würden, was langwierige und schwierige Prozesse und eine weit größere Beirrung des Rechtsverkehrs zur Folge hätte. Die Anforderungen an die Vorsichtsmaßnahmen von Sicherungsgeber wie -nehmer würden überspitzt werden, sodaß sich kaum Juristen geschweige denn Laien zurechtfänden.

Solche Zustände müssen im nationalsozialistischen Recht verschwinden. Der Ruf nach einer gründlichen Reform ist daher nur zu berechtigt.

---

[47]) Vgl. Melchior in Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 212.

IV.

Die bisherigen Reformvorschläge.

Das Schrifttum hat seit Bestehen der Sicherungsübereignung genügend Reformvorschläge aufzuweisen, die jedoch bisher zu keinem praktischen Ergebnis geführt haben. Sie lassen sich in drei Gruppen teilen. Einmal fordert man unter Verweisung auf das Pfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches eine radikale Beseitigung unseres problematischen Institutes, ohne dafür einen gleichwertigen Ersatz zu schaffen. Zum andern hat man versucht die Sicherungsübereignung selbst zu reformieren und sie durch gesetzliche Maßnahmen auf eine gesündere Grundlage zu stellen. Schließlich tritt man für eine gänzliche Beseitigung der Sicherungsübereignung unter gleichzeitiger Schaffung eines anderen besitzlosen Kreditsicherungsmittels ein.

1. Völlige Beseitigung der Sicherungsübereignung ohne Schaffung eines Ersatzmittels.

Keinesfalls kann einer radikalen Beseitigung der Sicherungsübereignung das Wort geredet werden, soweit sie unter Verweisung auf das Pfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches als alleiniges Mobiliarbeleihungsmittel und unter Verzicht auf jegliche besitzlose Kreditsicherung durch bewegliche Sachen überhaupt vorgenommen werden soll. So einfach ist es denn doch nicht um die deutsche Rechtserneuerung bestellt, daß man sich bequemer Weise damit begnügt, die Sicherungsübereignung einfach zu verbieten, ohne Vorschläge zu einem Ersatz zu machen. Das wäre verantwortungslos.

Neben dem bekannten Vorwurf der Gesetzesumgehung hat man die Beseitigung der Sicherungsübereignung allerdings damit begründet, daß die Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken nach § 930 BGB. im Gegensatz zum nationalsozialistischen Rechtsdenken stehe. Diese Begründung findet sich in der der Oeffentlichkeit bekannt gewordenen Entscheidung des Landgerichts Breslau vom 18. 1. 1934[1]), die als grundlegend für die Ansicht der radikalen Gegner der Sicherungsübereignung in ihren wesentlichen Teilen wörtlich wiedergegeben sei. Diese Entscheidung führt aus:

„Sicherungsübereignungen wurden nach der bisherigen Rechtsanschauung trotz mancher Bedenken und Einschrän-

[1]) Abgedruckt in DJ. 1935, S. 413 ff.

kungen in einzelnen Fällen grundsätzlich für zulässig gehalten, da sie als eins der wichtigsten Mittel erschienen, um das Kreditbedürfnis der minderbemittelten Volksklassen befriedigen zu helfen. Vom Standpunkt nationalsozialistischer Weltanschauung muß jener Einrichtung ebenso grundsätzlich die Anerkennung versagt werden, weil sie regelmäßig gegen die Reinlichkeit und Redlichkeit des Geschäftsverkehrs verstößt."

Es wird dann in dem Urteil der Vorwurf der Umgehung des Verbots des besitzlosen Pfandrechts erhoben und daraus die Folgerung gezogen:

„Damit wurde der Unehrlichkeit Tür und Tor geöffnet, denn der Schuldner stand nach außen in scheinbar unveränderten Rechtsstellung und Vermögenslage da und war in der Lage, denselben Gegenstand ein zweites Mal in gleicher Weise an einen gutgläubigen anderen Kreditgeber sicherungshalber zu veräußern oder auch nur durch den Besitz der Sache zu blenden, so daß dieser ihn auch ohne Sicherungsübereignung für kreditwürdig hielt und ihm Kredit gewährte... Den sich ergebenden Unzuträglichkeiten bei der Sicherungsübereignung hat die Rechtsprechung im einzelnen Fall wohl abzuhelfen versucht, hat aber niemals den Kern getroffen, nämlich die Täuschung der Umwelt ein für alle Mal zu verhindern. So kann die Sicherungsübereignung überhaupt nur da zugelassen werden, wo die übereigneten Gegenstände aus dem Gewahrsam des Schuldners herauskommen und jede Verdunkelung des Sachverhalts ausgeschlossen ist."

In gleicher Richtung wie das Urteil des Landgerichts Breslau bewegen sich die Ausführungen Würdingers im „Handbuch für Recht und Gesetzgebung" [2]).

Diesen Begründungen vermögen wir nur insoweit zu folgen, als sie sich gegen die Sicherungsübereignung und ihren schädlichen Auswirkungen selbst richten, nicht dagegen, soweit gegen ein besitzloses Kreditsicherungsmittel überhaupt Front gemacht wird. Das angeführte Urteil hat daher auch berechtigten Anlaß zur Kritik im Schrifttum gegeben und übereinstimmende Ablehnung erfahren. Insbesondere hat sich Paetzold [3]) in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung dahin ausgesprochen, daß zwar den Gerichten die wichtige Aufgabe zugefallen sei, zu prüfen, inwieweit überkommene Rechtsanschauungen mit den Erfordernissen eines vom nationalsozialistischen Geist erfüllten Rechts in Einklang stünden. Es sei deshalb zu begrüßen, wenn die Gerichte auch bei solchen Fragen, die durch eine ständige

[2]) Würdinger im Handbuch S. 1122 ff. Vgl. dazu ferner Neukamp im Bank-Arch. XV S. 113 und 134 und Schnorr v. Carolsfeld in DJZ. 1935 S. 1473.

[3]) in JW. 1935 S. 414.

Rechtsprechung für die Praxis in dem einen oder dem anderen Sinne erledigt zu sein schiene, aus dem Geist der Zeit heraus neue Wege suchen würden. Dabei seien jedoch die Notwendigkeiten der bestehenden Wirtschaftsverfassung zu berücksichtigen, und man würde eine große Unsicherheit in die Kreditwirtschaft bringen, wenn man der Entscheidung des Gesetzgebers vorgreifend die Sicherungsübereignung schon jetzt allgemein für unzulässig erklären wollte. Diesen Ausführungen folgen wir in vollem Umfange. Es ist doch eine allgemein anerkannte auch hier bereits erwähnte Tatsache, daß das Faustpfand des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht in allen Fällen den Bedürfnissen der Kreditsicherung genügt [4]). Solange aber keine andere besitzlose Form der Kreditsicherung geschaffen ist, ist die Sicherungsübereignung sowohl für den Kreditverkehr im Großen, im Handel und in der Wirtschaft unentbehrlich, als auch ganz besonders für die Bedürfnisse der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerung erforderlich. [5]) Daß um so mehr als die Hebung des Vertrauens von Mensch zu Mensch in der wirtschaftlichen Sphäre vorerst noch zweifelhaft erscheint und deshalb das Neuerstehen des Personalkredits durchaus unsicher ist [6]). Man würde durch eine Ablehnung der Sicherungsübereignung, ohne einen Ersatz zu schaffen, gerade die kleinen Betriebe und die Existenz vieler minderbemittelten Volksgenossen gefährden, denen andere Möglichkeiten der Kreditsicherung nicht zur Verfügung stehen. Man vergesse auch nicht, daß Deutschland zur Zeit gerade in den Anfängen des wirtschaftlichen Vierjahresplans steht, der ein gut ausgebautes Kreditwesen dringend nötig hat. Ein radikales Verbot ohne gleichzeitige oder vorherige Schaffung eines vollwertigen Ersatzsicherungsmittels würde demnach den Zielen des Nationalsozialismus und den Bestrebungen der Rechtserneuerung widersprechen. Insofern kann auch der Ansicht Würdingers und seiner Anhänger nicht gefolgt werden.

2. Innere Reform durch gesetzliche Maßnahmen.

Man sieht denn auch allenthalben ein, daß mit einer Beseitigung der Sicherungsübereignung ohne Schaffung eines gleichwertigen Ersatzes nichts gewonnen ist und daß auf diese Weise nicht der Weg zu einer gesünderen Kreditsicherung gefunden werden kann. Not tut vielmehr eine gründliche Reform dieser ganzen Materie, welche zur Schaffung eines

---

[4]) s. oben S. 5 ff.
[5]) Vgl. Henneberg in DJ. 1934, S. 1441.
[6]) Vgl. Münzel in JW. 1935, S. 1961.

Kreditsicherungsmittels führt, das, frei von inneren Widersprüchen, dem dringenden Bedürfnis der Kreditwirtschaft vollauf Rechnung trägt.

In richtiger Erkenntnis dessen hat man versucht, die Sicherungsübereignung selbst zu reformieren und sie durch gesetzliche Maßnahmen auf eine gesündere Grundlage zu stellen. Große Beachtung hat ein in neuester Zeit wieder aufgenommener Vorschlag Hellwigs gefunden,[7]) nämlich die Vorschrift des § 805 ZPO.[8]) auch auf Auseinandersetzungen zwischen dem Sicherungsnehmer und einem dritten Gläubiger analog anzuwenden. Zur Begründung führt Hellwig aus, daß zwar der § 805 ZPO. nur von Pfandgläubigern und Vorzugsberechtigten, nicht vom Sicherungsgläubiger spreche, daß aber dieser mit jenem den Wunsch gemeinsam habe, sich aus der Sache zu befriedigen und gerade deshalb ein berechtigtes Interesse habe, den Verkauf zu verhindern. Sieht man einmal von den oben[9]) angeführten Bedenken gegen die Gleichstellung des Sicherungsgläubigers mit einem Vorzugsberechtigten ab, so ließe sich de lege ferenda der Vorschlag Hellwigs durchaus hören, denn einmal bliebe dem Sicherungsgläubiger seine Deckung, da für ein Mehr, als es § 805 ZPO. dem Gläubiger bietet, kein Bedürfnis vorhanden ist, zum anderen würde den übrigen Gläubigern die Zwangsvollstreckung allerdings nur in dem nach erfolgter vorzugsweiser Befriedigung des Sicherungsgläubigers verbleibenden Ueberschuß ermöglicht, und es würden dadurch schließlich die heute sich häufenden zur Benachteiligung Dritter vorgenommenen Schiebungen zwischen Schuldnern und ihnen persönlich nahestehenden Gläubigern vermindert werden.[10]) Der praktische Nutzen dieser Maßnahme ist jedoch zu gering, als daß es bei diesem Vorschlag sein Bewenden haben kann. Ein Uebererlös wird sich nur in den seltensten Fällen feststellen lassen und das Kernproblem der Reform, die Beseitigung der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung wird nicht im geringsten gelöst. Man kann eben nicht Mängel des materiellen Rechts durch Maßnahmen der Zwangsvollstreckung beheben.

---

[7]) Hellwig, Gläubigernot, S. 25 ff; Weinberg, Fragen des Gläubigerschutzes, S. 18 u. 24; Schwister in JW. 1931 S. 1163 und DJZ. 1934, S. 16 f; Lange im Handbuch S. 948 und v. Liebig-Bechert, a.a.O. S. 170 ff.

[8]) 805 ZPO. bestimmt, daß ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter, der nicht im wirklichen Besitz der gepfändeten Sache ist, der Pfändung und dem Verkaufe nicht widersprechen kann, sondern darauf angewiesen ist, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend zu machen.

[9]) siehe S. 12.

[10]) Vgl. Gehrels, Reform der Sicherungsübereignung, S. 53 ff.

Ein weiterer Vorschlag geht dahin, durch eine Aenderung des Anfechtungsgesetzes die Anfechtung von Sicherungsübereignungsverträgen vermittels einer Umkehr der Beweislast zu erleichtern,[11]) oder aber den Sicherungsübereignungsvertrag für anfechtbar zu erklären, so weit durch ihn Gläubiger in unbilliger Weise insbesondere durch Verletzung des Rechts auf anteilsmäßige Befriedigung benachteiligt werden.[12]) Auch diese sowie andere Vorschläge [13]), auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, kranken an demselben Uebel, nämlich daß auch sie nicht den Hauptmangel zu beseitigen vermögen. Man mag daher Vorschläge machen, soviel man will: Alle werden den eigentlichen Hauptmangel nur wenig oder garnicht beseitigen, solange sie unter Beibehaltung der Sicherungsübereignung und damit der Heimlichkeit der Sicherung sowie der Diskrepanz zwischen Mittel und Zweck gemacht werden; denn eine nach außen nicht in Erscheinung tretende Uebereignung wird immer wieder wegen der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (§§ 932 ff BGB.) gewissen Volksschädlingen sowohl auf Gläubiger- wie Schuldnerseite den Weg zu dunklen Machenschaften ebnen. Soll daher die Reform zu wirklich gesunden kreditwirtschaftlichen Verhältnissen führen und ein besitzloses Kreditsicherungsmittel beibehalten werden, was sich angesichts seiner dringenden Notwendigkeit wohl nicht wird vermeiden lassen, so kann diese nur „im Sinne einer weitgehenden Verwertung des bloßen Sicherungsgedankens auf Kosten des formalen Uebereignungsgedankens geschehen". [14])

3. Das Registerpfandrecht.

Von dieser Idee sind die Reformvorschläge der dritten Gruppe des bisherigen Schrifttums getragen. Sie gehen über die Beseitigung der Sicherungsübereignung hinaus und beabsichtigen neben dem Faustpfand des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Pfandform einzuführen, die, ohne das Pfandobjekt den Händen des Schuldners zu entziehen, doch in geeigneter Weise die Interessen des Pfandgläubigers und des Schuldners wie Dritter sichern würde.[15]) Es handelt sich um das sogenannte Registerpfandrecht. Diese Pfandform ist

---

[11]) Vgl. Verhandlungen des 31. DJT. III, S. 258; ferner Boschan in JW. 1912 S. 8.

[12]) Rehbein in JW. 1910, S. 606.

[13]) Vgl. dazu Weißweiler, Die Reform der Sicherungsübereignung, S. 29 ff; ferner Gehrels, a.a.O. S. 53 ff.

[14]) Oertmann, Verhandlungen des 3. DJT. in der Tschechoslowakei, S. 25.

[15]) Wernick, Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 378.

dem heutigen Rechtsleben keinesfalls fremd.[16]) Die Möglichkeiten, Mobilien durch Eintragung in ein öffentliches Register zu verpfänden, ist bereits im Ausland insbesondere in der Schweiz, in Frankreich, England, Belgien und in einigen nordischen Ländern gesetzlich anerkannt. Einer Heranziehung des ausländischen Rechts bedarf es aber im Rahmen dieser Untersuchung nicht.[17]) Abgesehen davon, daß sich das Fremde wegen anderer ihm zugrunde liegender Rechts- und Wirtschaftsauffassungen nicht ohne weiteres in unser Rechtssystem einfügen läßt, muß bei der gegenwärtigen deutschen Rechtseinstellung hinsichtlich der Aufnahme fremder Rechte mehr denn je Vorsicht walten. Das ausländische Vorbild veranlaßte das deutsche Schrifttum ebenfalls für die Einführung eines Registerpfandes einzutreten. Nach langen Kämpfen wurde schließlich auf Anregung des Zentralverbandes des deutschen Großhandels dem Reichstag am 29. Januar 1926 durch die Abgeordneten Keinath und Genossen ein vollständig ausgearbeiteter Gesetzentwurf übermittelt,[18]) der aber bis heute nicht zum Gesetz erhoben worden ist. Diese Bestrebungen können allerdings insofern einen Erfolg für sich verbuchen als der Gesetzgeber sich nicht völlig dem Registergedanken versagt hat. Für begrenzte Gebiete hat er eine Registerverpfändung gesetzlich anerkannt. Es handelt sich um das Gesetz über die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen vom 4. 7. 1926,[19]) das Kabelpfandgesetz vom 31. 3. 1925[20]) und das Gesetz betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. 7. 1926.[21])

Wie bereits der Name sagt, soll mit dem Registerpfand eine Pfandform geschaffen werden, die keine Besitzübertragung erfordert, bei der aber dem Publizitätsprinzip gleichwohl durch Eintragung der Verpfändung in ein öffentliches Register genügt wird. Während nun die beiden ersten Gruppen der Reformvorschläge aus den dargelegten Gründen nicht in Betracht kommen, bedeutet dieser Vorschlag insofern einen ungeheuren Fortschritt, als er die Schaffung eines besitzlosen Vertragspfandrechts zum Gegenstande hat, mit der die Beseitigung der Sicherungsübereignung Hand in Hand geht.

---

[16]) Vgl. dazu v. Liebig und Bechert, a.a.O. S. 171 und Weißweiler, a.a.O. S. 21.

[17]) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Gehrels, S. 67 ff.

[18]) Vgl. Nr. 1811 der Drucks. d. Reichstages 3. Wahlperiode 1924/26 und die Denkschrift des Zentralverbandes S. 1 u. 2; ferner v. Liebig u. Bechert, a.a.O. S. 168.

[19]) RGBl. 1926, S. 367.

[20]) RGBl. 1925, S. 37.

[21]) RGBl. 1926, S. 399.

Es kann hier nicht der Ort sein, Einzelheiten über die Art und Weise der Führung des Registers, über die das Registerverfahren beherrschenden Grundsätze, über die Voraussetzungen der Eintragung oder den Pfandgegenstand zu geben. Wir verweisen auf das diesbezügliche Schrifttum.[22]) Wie sich unten[23]) zeigen wird, vermag uns auch der Vorschlag auf Einführung eines Pfandregisters nicht zu befriedigen, weil er, ganz abgesehen von der technischen Frage hinreichender Sicherung für den Gläubiger nichts darüber sagt, welcher Art das materielle Recht ist, das der Gläubiger durch die Registereintragung erhält. Das Schrifttum beschäftigt sich hauptsächlich mit der Frage der Erkennbarmachung der Verpfändung nach außen, mit der Ausgestaltung des Registers selbst. Die Erkennbarmachung, zu der wir „Verklarung" sagen, spielt zwar bei dem hier zu entwickelnden Treupfand ebenfalls eine hervorragende Rolle, zumal ihre Einführung die durch die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung aufgekommenen Gefahren beseitigen soll. Es ist aber schon hier die Stelle, darauf hinzuweisen, daß die rechtskonstruktive Erfassung des Treupfandes als solche mit der Verklarung des Sicherungsverhältnisses nichts zu tun hat; denn die Konstruktion des Treupfandes ist rechtswissenschaftlich etwas rein materiellrechtliches, die Verklarung als solche etwas zunächst formales. Wenn nun auch später gezeigt werden wird, daß der Zusammenbau dieser beiden Erscheinungen zu einem juristisch einheitlichen Begriff notwendig sein wird, um dem Institut des Treupfandes eine wissenschaftlich praktische und die Interesse der Beteiligten gerecht wahrende Gestalt zu geben, so ist doch zunächst an dieser Stelle einmal klarzustellen, wie das Treupfand materiellrechtlich, d. h. als eigenartig gestaltetes Pfandgebilde aufzufassen ist. Wir glauben, was hier noch einmal betont werden muß, mit den folgenden Ausführungen eine Lücke auszufüllen, die bei den das Registerpfandrecht betreffenden Vorschlägen jedenfalls in wissenschaftlich unbefriedigender Weise bestanden hat: nämlich die Frage nach Art und Weise des Rechtsverhältnisses, das durch Kundbarmachung die Sicherung des Gläubigers darstellt. Zu diesem Zweck bedarf es noch einmal einer kurzen Anknüpfung an die von uns

---

[22]) v. Liebig u. Bechert, a.a.O.; Oertmann, Gutachten f. d. 3. DJT. in der Tschechoslowakei; Weinberg, Fragen des Gläubigerschutzes, Berlin 1926; Gehrels, Die Reform der Sicherungsübereignung 1932; Bulling, Das Registerpfandrecht; Maurer, in ZHR. Bd. 98, S. 163; Merzbach in Bank-Arch. 1925 S. 26 u. 183; Weißweiler, Die Reform der Sicherungsübereignung 1927.

[23]) Siehe S. 61 ff.

bereits als völlig unzulänglich bezeichnete Sicherungsübereignung.

V.

Das Treupfand.

1. Wesen und konstruktiver Gehalt.

Dieses Rechtsinstitut konnte sich nur im Banne des überlebten Positivismus entwickeln, dessen Rechtsdenken der starre und unwandelbare Begriff beherrschte. Bezeichnend hierfür ist, was das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 9. April 1929[1]) sagt: „Die nach Maßgabe des § 930 BGB. erfolgte Besitzübertragung begründet volles bürgerlichrechtliches Eigentum, an dessen dinglicher Wirksamkeit durch Vereinbarungen der Beteiligten nichts geändert werden kann. Wenn mit Rücksicht auf solche Abreden davon gesprochen wird, das Sicherungseigentum sei bloß fiduziarisches Eigentum, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß es mit geringerer dinglicher Kraft begabt sei als anderes Eigentum". Wie entscheidend der starre Eigentumsbegriff war, zeigt ferner der Satz in dem Kommentar von Reichsgerichtsräten[2]) „Eigentum ist und bleibt Eigentum im Sinne des § 903". Einmal wird also das Recht des Sicherungsnehmers als volles bürgerlichrechtliches Eigentum bezeichnet, dann wieder wird in einer anderen Entscheidung desselben Gerichts davon gesprochen, daß dieses Recht, das Eigentum, mit dem Pfandrecht geradezu zusammenfalle.[3]) Aber gerade dies ist vom Rechtsdenken der Gegenwart unbedingt abzulehnende formale Jurisprudenz, die trotz gelegentlicher Ableugnung im früheren Schrifttum bis zum Umbruch des neuen Rechts ihr nachteiliges Dasein geführt hat.

Fern davon wurzelt das Treupfand in dem alten deutschrechtlichen Begriff der Treue. Es hat sein ureignes historisches Gesicht und entspricht dem neuen deutschen Rechtsdenken, das Carl Schmitt „konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" genannt hat.[4]) Dieses neue deutsche Rechtsdenken, das in Wahrheit ein Zurückfinden zu längst bekannten und nur seit Jahrhunderten verdunkelten Rechtsideen bedeutet, kennt nicht die starren und unwandelbaren Begriffe, ihm ist das Recht das Lebensgesetz des Volkes, d. h.

---

[1]) RGZ. 124, S. 73.
[2]) Bd. 3 § 930, Anm. 6 S. 263.
[3]) RGZ. 89 S. 195; LZ 1917 S 389.
[4]) Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens 1934.

ebenso eine urgründliche Ordnung, die sich in der Gestaltung verwirklicht, wie andererseits Gestaltung im Sinne der Ordnung, also eines in dem anderen.[5]) Die Um- und Neugestaltung des deutschen Rechts ist daher nicht eine Angelegenheit der Rechtstechnik, vielmehr eine solche der Gemeinschaftsethik. Sie muß aus dem Geiste des deutschen Rechts heraus erfolgen.[6]) Hierbei ist immer daran festzuhalten, daß dieses neue deutsche Rechtsdenken im wesentlichen nur eine Wiedererweckung verschütteter Rechtsauffassung ist, wie sie zur Zeit des ausgehenden Mittelalters aus reiner deutscher Wurzel entstanden ist.

Entsprechend dem oben angeführten neuen „dialektischen" Denkgesetz hat Schmelzeisen[7]) erstmalig den Begriff des Treupfandes — allerdings auf dem Boden des zur Zeit noch geltenden Bürgerlichen Gesetzbuches — zu entwickeln versucht. Ausgehend von der Behauptung, daß ein Teilinhalt des Eigentums zugunsten eines Gläubigers des Eigentümers dergestalt abgespalten werden könne, daß Eigentümer und Gläubiger in einer Eigentumsgemeinschaft stehen und daß somit der dem Gläubiger zufallende Eigentumsanteil das Pfandrecht — das Treupfandrecht — darstellt, begründet er die Auffassung, daß sich das Treupfand in gewohnheitsrechtlicher Entfaltung des Besitzbegriffes als eine besondere Pfandart neben dem Faustpfand herausgebildet habe.[8]) Abgesehen von der reichlich gekünstelten Konstruktion der Eigentumsabspaltung, die unseres Erachtens methodologisch als überwunden abgelehnt werden muß, hat Schmelzeisen auch geschichtlich den Nachweis, daß gerade die dingliche Eigentumsgemeinschaft und damit der formale Gedanke einer Eigentumsspaltung zugunsten des Gläubigers dem juristischen Vorstellungsleben des deutschen Mittelalters in entscheidender Weise zugrundelag, nicht geführt. Die von ihm angeführten Belege haben uns jedenfalls nicht davon zu überzeugen vermocht.[9]) Aber selbst wenn man diese Kon-

---

[5]) Vgl. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie S. 157.

[6]) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 83 und Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie 1934, S. 27.

[7]) Das Treupfand 1936.

[8]) a.a.O. S. 9.

[9]) Das von Schmelzeisen a.a.O. S. 9 in Anm. 16 angeführte Schrifttum kann als Beleg für seine Behauptung nicht recht in Frage kommen. Insbesondere haben wir weder bei Lange „Handbuch" S. 948 — es soll wohl heißen 946 — noch bei Schönfeld und Heck historisch genügende Nachweise gefunden. Auch das Zitat Wieacker a.a.O. S. 39 scheint uns gegen Schmelzeisen zu sprechen. Dieser schlägt ja gerade vor, den „abstrakten und zugleich positivistischen Eigentumsbegriff

struktion Schmelzeisens akzeptieren wollte, so ist doch mit Rücksicht auf die Lebendigkeit und Lebenswirklichkeit deutschen Rechtslebens gerade das Treueverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger derjenige Gesichtspunkt, der das hier behandelte Rechtsinstitut trägt und erklärt. Dieses alle Lebensbeziehungen durchdringende Treuverhältnis erscheint dem Deutschen als das Wesentliche bei allen rechtlichen Verbindungen, in denen er lebt. Zum mindesten aber muß man uns zugeben, daß selbst bei Anerkennung der historischen Nachweise deutschrechtlicher Eigentumsgemeinschaften die tragende Grundlage der konkreten Rechtsfigur d. h. das Entscheidende in der Betrachtung dieser Gebilde die Gemeinschaftsidee war; diese aber wurzelt im Treueverhältnis der Beteiligten, das alles durchdringt und den Beurteilungsmaßstab für die Begrenzung von Recht und Pflicht abgibt.

Schmelzeisen kann sich nicht von der Sicherungsübereignung trennen. Er tut es auch nicht, denn er nennt ja die Sicherungsübereignung „Treupfand".[10]) Er umhüllt die dingliche Eigentumsgemeinschaft einfach mit dem Mantel der Treue. Wir wollen ja aber gerade die Sicherungsübereignung aus den bereits dargelegten Gründen ausrotten, weil es dem heutigen Rechtsdenken fremd, weil es undeutsch ist, und wir wollen an seine Stelle ein besitzloses Pfand stellen, das sich allein auf dem Treugedanken aufbaut. Diesen Bestrebungen ist aber keinesfalls damit gedient, wenn man die Sicherübereignung durch eine komplizierte Konstruktion lediglich ummodelt, wenn man gewissermaßen demselben Kinde einen anderen Namen gibt. Diese Art der Rechtserneuerung wird dem konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken nicht gerecht. Nach heutigem Rechtsdenken bedarf es zur Begründung eines T r e u pfandrechts nicht der Konstruktion einer dinglichen Eigentumsgemeinschaft. Wo Treugemeinschaft herrscht erübrigt sich eine solche. Wir müssen uns eben stets vergewissern des tiefen ethischen Gehalts, den die Treue auch als Rechtseinrichtung im Leben des deutschen Volkes zu allen Zeiten aufwies.

Es kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht unsere Aufgabe sein, den tiefen ethischen Gehalt, den das deutsche Recht seit jeher gerade in Bezug auf das Treueverhältnis mehrerer zueinander durchzieht, quellenmäßig und in seinen Einzelheiten hier darzustellen.

---

aufzugeben". Nach Wieacker würde die Treuhandlehre ja gerade erst dann zu einer befriedigenden Lösung aller Probleme führen, wenn man (a.a.O. S. 38) „die Zuständigkeitsformen des Sicherungseigentums und der Treuhand weitgehend aus dem Eigentumsbegriff ausgliedern würde".

[10]) a.a.O. S. 3.

Mit Rücksicht auf die hohe Bedeutung dieser Erscheinung für das deutsche Recht der Gegenwart, seien einige kurze Hinweise hier gestattet.[11])

Der deutsche Schuldvertrag war zwar wie bei anderen Völkern zunächst auch nur ein Produkt der Willenseinigung mehrerer Volksgenossen. Er zeichnete sich aber gerade bereits in ältester Zeit durch Formgebundenheit und Verstärkungsmittel aus, die die rechtliche Bindung der Parteien zum Ausdruck bringen sollten.[12]) Aus den ältesten Realverträgen des deutschen Rechts entwickelten sich so schon in der fränkischen Zeit die arrhal-Verträge[13]) und darüber hinaus der Formalvertrag, der erst nach der Rezeption durch den im gemeinen Recht entwickelten Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge, praktisch also durch den Kausalvertrag verdrängt wurde. Das germanische Recht hat nun im Gebiet der Verträge zwei berühmte Verstärkungsmittel geschaffen: Einmal den nicht nur bei obligatorischen Verträgen auftretenden Eid[14]) und ferner das Treugelöbnis (angelsächsisch „trüwa"), durch welches in betonter Weise die Treue als Haftungseinsatz zum Ausdruck gebracht wurde.[15]) Man muß sich nun klar darüber werden, daß dieses Treuegelöbnis nicht bloß eine Sondererscheinung im Gebiete des deutschen Schuld- oder Vertragsrechts war, vielmehr zeigt das deutsche Recht in allen seinen personell gestalteten Beziehungen immer wieder mit voller Deutlichkeit, welche überragende Bedeutung dem persönlichen Treuband zukam. Und zwar nicht nur im Gebiete des privaten, sondern auch des öffentlichen Rechts, welche Trennung ja den Zeiten reinen deutschen Rechtserlebens fremd war.[16])

Die Treue war eben im germanischen Denken und Fühlen nicht nur — ethisch — Tugend, sondern darüber hinaus eine Lebenserscheinung, die eine gerade dem deutschen Recht eigentümliche Erlebnisfunktion darstellt. Heerwesen und

---

[11]) Gierke, Schuld und Haftung S. 132 u. 255; Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis; v. Amira, Grundriß; S. 130. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 524 ff; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I. von Schwerin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte; Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855, S. 1—115.

[12]) v. Amira, Grundriß § 70 S. 136.

[13]) Gierke: a.a.O. S. 137.

[14]) Gierke a.a.O. S. 237 und Siegel, Handschlag und Eid 1894, S. 14.

[15]) Gierke a.a.O. S. 132 und 255; von Schwerin a.a.O. S. 323; Hübner a.a.O. S. 524.

[16]) Walz, Vom Wesen des öffentlichen Rechts, S. 14; Woelker, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 229.

Rechtspflege bauten sich auf dem Treueverhältnis der Gefolgschaft zum Dux, Heerführer und Fürsten auf, wie sich aus den zahlreichen Quellenbelegen über die Rechtsstellung der antrustiones ergibt. Man schwur dem Gefolgsherrn Treue, wofür man Schutz, Unterhalt und Kriegsausrüstung erhielt. Wir wissen, daß dieses Gefolgschaftsverhältnis, wie wir es ja heute im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit wiederfinden [17]), nur ein Abbild der unter dem Familienvater vereinten Hausgenossenschaft war. [18]) Das heutige Arbeitsordnungsgesetz gestaltet den Arbeitsvertrag durch die Gefolgschaftsidee zu einem Rechtsverhältnis zwischen Personen, die durch die gegenseitige Treue und die Treue gegen Volk und Staat verbunden sind. [19])

Die Munt als eigenartige typisch deutschrechtliche Familiengewalt über die Hausangehörigen wurde ja im Laufe der Jahrhunderte entsprechend der Familie als Urzelle aller Gemeinschaftsform zum Quell und Vorbild wohl aller Gewaltformen, die das deutsche Recht entwickelt hat. So setzte z.B. mit der im Mittelalter beginnenden Auflockerung der familenrechtlichen Verhältnisse ein durch die Bedürfnisse der städtischen Geldwirtschaft bedingter Wandel der Begriffe ein: aus der patriarchalischen Familiengewalt der Munt entwickelte sich ein wirtschaftliches Vertreterverhältnis, dessen wichtigstes Kennzeichen später die Haftung des Handwerksmeisters oder Geschäftsherrn für seine Angestellten und Arbeiter bildete. Ebenso findet sich später die Muntidee im Kirchenrecht — überhaupt im öffentlichen Recht — wieder, wenn auch mit weiteren Zielen und größerer Machtentfaltung. Das Leben am Hofe des fränkischen Königs war in allen seinen Beziehungen bedingt durch Bekundung der Treue, die die engere und weitere Umgebung des Königs, ja schließlich alle Untertanen (leudes oder homines) dem König muntähnlich schuldeten. Nach Marculf I,40 [20]) müssen die Untertanen fidelitatem et leude samio (homagium) promittere et conjurare. Dieser Untertaneneid ist nichts anderes als der oben bereits erwähnte Gefolgschaftseid. In diesem Zusammenhange ist dann auf die Anfänge des Lehnsstaates und der Vasallität als Schutz- und Trutzverhältnis hinzuweisen, das durch Treueid und symbolischen Akt der Kommendation begründet wurde. Auch hier eine Art Hausgenossenschaft, wie sie das ganze deutsche Recht durchzieht. [21]) Aber auch der König selbst hat nach der

---

[17]) Mansfeld-Pohl, Komm. zum AOG. § 1, 3 S. 85.
[18]) Brunner-Heymann, § 7 S. 17.
[19]) Joerges, Führer und Gefolgschaft im AOG., in Arbeitsrecht und Volkstum 1934, S. 41 ff.
[20]) zitiert bei Brunner-Heymann § 16 S. 60.
[21]) Brunner-Heymann S. 72.

Königswahl ein eidliches Gelöbnis abzulegen, dessen tieferer Sinn es ist, dem deutschen Volke die Treue zu bewahren, das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken. Hatte der König den Krönungseid geleistet, dann war sein Wort ohne weiteren Eid als wirksames Zeugnis und Gelöbnis anzusehen.[22])

Daß das Verhältnis zwischen Staat und Kirche (Kaiser und Papst) jahrhundertelang als Treueverhältnis bestanden hat, ergibt sich aus allen einschlägigen Rechtsquellen. Es genügt der Hinweis darauf, daß durch das Wormser Konkordat der zum Bischof gewählte gegen Treueid und homagium vom König die Regalien per zceptrum erhielt. Brach der Bischof den Treueid, so konnte die Regaliensperre verhängt werden.[23])

Auch das deutsche Strafrecht zeigt in seinem eigentümlichen Strafsystem, daß die Infedilität die Grundlage für die Ausbildung der einzelnen Strafen bot. Das schwerste Delikt war die Verletzung der Untertanentreue, darauf stand Todesstrafe und Vermögenskonfiskation. Noch zur Zeit Karls des Großen wurden die Treuepflichten der Untertanen in ungeheurem Ausmaß in den von ihnen geleisteten Treueid hineininterpretiert, und erst später wurde dies durch die arbiträre Strafgewalt des Königs gemildert. Kann es uns bei diesem Ausmaß wundern, daß auch in den — modern gesprochen — zivilrechtlichen Bindungen des deutschen Rechts die Treuhaftung eine Bedeutung aufwies, wie sie bis in die Gegenwart hinein vielfach unbekannt war? Ein Abbild der strafrechtlichen Treuverletzung war die Vertragsverletzung, die zu Friedlosigkeit und Schuldknechtschaft führen konnte und nach deutscher, insbesondere sächsischer Auffassung eine Art hypothekarische Verpfändung der Freiheit darstellt. Und diese Erscheinung tritt uns in allerdeutlichster Form im Pfand (gothisch vadi, mittelalterlich wadium) entgegen, das jahrhundertelang nur in der Weise begründet werden konnte, daß mit dem Verpfändungsakt ein Treugelöbnis rechtsnotwendig verbunden wurde, aus dem dann die Haftungsbeziehungen abgeleitet wurden. Dieses fidem facere, Geloben auf Treu und Glauben, besitzt eine gewisse Aehnlichkeit mit der römischen Stipulation. Es hat dieselbe umfassende Bedeutung für das deutsche Verkehrsleben gehabt, wie jene für das römische Recht![24]) Es kam in den mannigfaltigsten Formen zur Anwendung, als Gelöbnis der Zahlung oder Sachrückgabe, als Gelöbnis zur Kompositionenleistung (Strafrecht) als Gelöbnis eines Eides oder Gottesurteils. Dabei wurde vielfach wie bei Auflassung eine festuca gebraucht, um

---

[22]) Dies besagt der fränkische Rechtsgrundsatz: „Der König lügt nicht", siehe Sachsenspiegel Landrecht III, 54, § 2.

[23]) Brunner-Heymann, S. 147.

[24]) Vgl. Hübner, Grundzüge, § 71, II, 1, S. 524.

die Realität der Treuempfindung symbolisch zum Ausdruck zu bringen. So verbindet sich Treugelöbnis und äußerer Formalakt zu einem rechtlich einheitlichen Tatbestand, der die jeweils rechtlich gebotenen Wirkungen erzeugt.

Schließlich wissen wir auch aus dem Zivilprozeß, daß bei den Franken der zur Zahlung verurteilte diese auf Treu und Glauben zu geloben hatte; unterblieb sie, so war die Einleitung eines bestimmten Verfahrens die Folge, das stets bei Nichterfüllung eines Gelöbnisses auf Treu und Glauben stattfand.

Wir sehen, das ganze deutsche Recht ist in allen seinen Verzweigungen erlebnisartig ergriffen vom Wesen deutschen Treugelöbnisses. Und es ist hier bei unserer Untersuchung über das Wesen des Treupfandes nicht etwa der Drang zur Feststellung besonders wichtiger historischer Einzelheiten; der Grund dieses eben gegebenen geschichtlichen Exkurses ist die Ueberzeugung, daß ohne ein ehrliches, innerliches Begreifen des Wesens der Treue als gerade deutscher Rechtserscheinung, das Wesen des Treupfandes, wie wir es im Gegensatz zu allen bisherigen Schriftstellern auffassen, nicht verstanden werden kann.

Ist man sich aber klar über die Bedeutung der Treue für das deutsche Rechtsleben, dann erklärt sich das Treupfand ausschließlich von selbst aus der zwischen den Parteien bestehenden Treuebindung.[25]) Die Macht, die der Treunehmer

---

[25]) Es sei in diesem Zusammenhange auch auf eine andere Rechtsfigur des deutschen Rechts hingewiesen, deren außerordentlich hohe Bedeutung für die Gegenwart jetzt wieder voll anerkannt wird; Wir meinen die Wandlung und Fortbildung der Treuhand in der Gegenwart. Beyerle hat in seiner Arbeit über die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts 1932 in überzeugender Weise auf die persönliche Verkettung des Treuhandverhältnisses hingewiesen und damit die Verbindung zwischen der Treuhand im wirtschaftl. Sinne und der Treuhand im bürgerlich-rechtlichen Sinne hergestellt. Siebert hat, darauf fußend, in einer bedeutsamen Abhandlung in der DJZ. über Wandlung und Fortbildung des Treuhandrechts, 1934, Heft 20, S. 1240 ff auf die Treupflicht als Kernpunkt dieses ganzen Phänomens hingewiesen und gefordert, daß diese Treupflicht einmal in ihrer Innenwirkung und sodann in ihrem Einfluß auf die Rechtsmacht des Treuhänders am Treugut, durch die Unterordnung unter den Gemeinschaftsgedanken inhaltlich erweitert, verstärkt und veredelt werden muß. Mit Recht stellt er fest, „daß der durch den Gemeinschaftsgedanken verstärkte Pflichtgedanke das Innen- und Außenverhältnis näher aneinander zu führen vermag ..... der Pflicht und Gemeinschaftsgedanke ist nämlich schon nach geltendem Recht so stark, daß er auch die Sachenrechte im allgemeinen und die Rechtsmacht des Treuhänders im besonderen beherrscht". (a.a.O. S. 1243).

vom Treuempfänger durch das Treugelöbnis erhält, ist nicht die unmittelbare oder vergeistigte Sachherrschaft, der Besitz des Treugutes, auch nicht ein Eigentumssplitter; diese Macht ist eine innerliche, viel tiefer verankerte, nicht oberflächliche und äußerliche Herrschaftsmacht über eine Sache, sondern die durch unser Gemeinschaftsrecht geschützte Macht über den Menschen, der bei Treubruch unmittelbar verhaftet, gegebenenfalls strafrechtlich erfaßbar wird. (§ 266 StGB.).

Was die Bestellung des Treupfandes betrifft, so hat Schmelzeisen — für seine Konstruktion folgerichtig — versucht, die einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bestellung des Faustpfandrechts heranzuziehen.[26]) Dies scheint uns mit dem Wesen des Treupfandrechtes, wie wir es auffassen, unvereinbar. In der Gedankenführung und in der Auflockerung ist Schmelzeisen sehr zu begrüßen, aber er haftet uns zu sehr an den formalen Gesetzesvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Sein krampfhaftes Bemühen um die Anpassung der Treuidee und damit der Treupfandgestaltung an die gesetzlichen Gegebenheiten erscheint uns nicht mehr zeitgemäß. Dürfen wir doch nicht vergessen, daß jedes Rechtsinstitut sein schicksalsbedingtes Eigenleben aufweist und konstruktives Denken da zur Verzerrung führt, wo es die das Eigenleben bedingende Gesetzmäßigkeit der Entwicklung mißachtet. Und wir dürfen nicht verkennen, daß das Recht der Gegenwart eigentlich nicht an den Begriffen des Bürgerlichen Gesetzbuches und auf dem Boden einer positivistischen Systematik entwickelt werden darf, sondern aus dem ureignen, den Rechtsinstituten innewohnenden Gesetzen erfühlt und erlebt werden muß.

Die Begründung des Treupfandes erfordert, wie es auch Schmelzeisen[27]) annimmt, eine dingliche Einigung. Durch sie wird ein dingliches Pfandrecht begründet, durch sie erlangt der Treunehmer eine absolute Machtpositon hinsichtlich des im Besitz des Treugebers verbleibenden Treugutes.

Eine sehr wichtige Frage ist ferner die, ob das Treupfand zum Besitze führt. Für das Treupfandrecht als besitzloses Pfandrecht, d. h. als ein Pfandrecht, bei welchem der Schuldner im Besitz des Treugutes verbleibt, läge es nahe, die Bestellung mittels eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß § 868 BGB. zuzulassen. Betrachten wir zunächst die Rechtslage bei der Sicherungsübereignung. Auch hier bediente man sich dieser Form der Bestellung. In den weitaus meisten Fällen wurde in den Sicherungsübereignungsverträgen die Uebergabe durch ein Besitzkonstitut nach §§ 930

[26]) Schmelzeisen a.a.O. S. 28.
[27]) Schmelzeisen a.a.O. S. 27.

868 BGB. ersetzt. Dadurch erhielt ja erst der Kreditbedürftige die Möglichkeit, Sachen als Kreditunterlage zu verwerten, die vorerst in seinem Besitz bleiben müssen. Während sich nun hinsichtlich der Gebrauchsüberlassung des Sicherungsgutes an den Sicherungsgeber keine rechtlichen Besonderheiten zeigten, aber dennoch ein großer Teil dieser Verträge infolge bei der Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses unterlaufener Fehler der Nichtigkeit verfiel, stieß bei zwei Tatbeständen die Frage nach der Form des Besitzmittlungsverhältnisses auf gewisse Schwierigkeiten. Das war zunächst der Fall bei der Uebereignung von Sachgesamtheiten, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Stücke dieser Sachgesamtheit besteht und ferner bei der Sicherungsübereignung von Rohstoffvorräten. Hier kamen Leihe, Miete und Verwahrung als besitzmittelnde Gebrauchsüberlassungsverträge nicht in Betracht, da die Verwertung oder Veräußerung der Waren die Rückgabe unmöglich machten.[28]) Es war nicht leicht, ein diese Tatbestände berücksichtigendes und gleichzeitig den Erfordernissen des § 868 BGB. entsprechendes Rechtsverhältnis zu finden. Dies führte dann zu den unmöglichsten Konstruktionen von Verträgen, die dem mit der Sicherungsübereignung erstrebten Zweck widersprachen.[29]) Während nun bei der Sicherungsübereignung die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses unumgänglich war, weil es sich doch um eine reine Uebereignung handelte und demzufolge — wollte man den Sicherungsgeber im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgutes lassen — auch § 930 BGB. Anwendung finden mußte, ist diese Art der Bestellung für das Treupfandrecht abzulehnen, da es sich hierbei um ein Pfandrecht und nicht um eine Uebereignung handeln kann, andererseits aber die bei der Sicherungsübereignung aufgekommenen Schwierigkeiten vermieden werden sollten. Das wird auch von Schmelzeisen anerkannt.[30]) Er leugnet zwar nicht den Besitz beim Treupfand, kommt jedoch mittels einer anderen Konstruktion zum Besitz des Treunehmers. Er führt aus, daß bei dem Treupfand der Besitz des Gläubigers nicht, wie in § 1205 BGB. vorgesehen, leiblich sei, sondern durch das Treueverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer vermittelt werde. Einer besonderen Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 bedürfe es also nicht, denn sie folge ohne

---

[28]) Ackermann, Sicherungsübereignung S. 10; KG. in Bl. f. Rechtspfl. 1907 S. 70; OLG. 31, 311; Melzbach in JW. 1913, S. 405.

[29]) Vgl. Federmann, die Sicherungsübereignung in der Rechtsauffassung unserer Zeit S. 28.

[30]) Schmelzeisen a.a.O. S. 27.

weiteres daraus, daß das Pfand als Treupfand vereinbart wird. Schmelzeisen hält also das Treupfand seinem Wesen nach schon für ein Besitzmittlungspfand.

Unseres Erachtens aber ist die eigentliche Problemfrage des Treupfandes, noch einen Schritt höher hinauf zu gehen. Ist es, so fragen wir uns, denn überhaupt erforderlich, das Treupfand als Besitzpfand im Sinne einer Besitzmittlung gemäß § 868 BGB. zu konstruieren? Bedarf es bei Würdigung gerade des deutschrechtlichen Gehalts dieser Rechtseinrichtung überhaupt des Besitzes als Publizitätsmittel der Kreditsicherung? Ist es nicht geradezu geboten, das Treupfand als ein absolut besitzloses Pfand aufzufassen, wenn man dem Wesen der deutschrechtlichen Treue als einer fundamentalen Rechtsfunktion auf allen Gebieten des öffentlichen und des Privatrechts gerecht werden will? Dies würde eine Kampfansage an die gesamten Ideengänge Schmelzeisens, zumindesten an den Ausgangspunkt seiner ganzen Abhandlung bedeuten, wenn er S. 9 erklärt, daß von den Begriffen des Eigentums und des Besitzes aus der Begriff des Treupfandes entwickelt werden müsse. Ganz im Gegenteil kann der Begriff des Treupfandes nach wahrer deutschrechtlicher Auffassung eben nur aus der Idee der Treuebindung, aber nicht aus den Begriffen Eigentum und Besitz entwickelt werden. Es ist im deutschen Recht ein jahrhundertealter Grundsatz gewesen, das Pfandrecht auch ohne Besitz, rein auf dem Boden der Treue von Mann zu Mann, des Vertrauens zu begreifen. Ein Blick in die Geschichte des deutschen Privatrechts zeigt, daß das besitzlose Pfandrecht nicht etwa eine Erscheinung der Rezeption ist. Zur Zeit der Volksrechte kannte man zwar lediglich das Faustpfandrecht, das dem Gläubiger ein besonders geartetes Recht an der Sache gewährte. „Ohne Faust, kein Pfand". Das entscheidende Moment war also ursprünglich der Besitz der Pfandsache, der entweder durch einseitige Wegnahme als „Pant" (Pfandnahme) erlangt wurde oder durch die rechtsgeschäftliche Hingabe einer beweglichen Sache als „Wadium" für eine Schuld.[31]) Die Pfandgewere verschaffte dem Pfandgläubiger ein dingliches Recht, dessen Inhalt die Haftung der Sache für eine Schuld bildete. Für den Fall nicht rechtzeitiger Einlösung diente dann das Pfand zur Befriedigung des Gläubigers.

Erst allmählich kam das besitzlose Pfandrecht auf. In den letzten Jahrhunderten des Mittelalters ist, wenn auch nicht in allen Gegenden Deutschlands, so doch in einzelnen

---

[31]) Vgl. O. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II S.935/936; v. Schwerin: Rechtsgeschichte S. 93; derselbe, Deutsches Pirecht S. 231 ff.

Rechtsgebieten auf Grund partikulärer Rechtsbildung, eine Verpfändung beweglicher Sachen ohne Uebertragung der Gewere üblich geworden, also eine Verpfändung, wie sie das Treupfandrecht bewirkt.[32]) Vor allem in den Handelsstädten Lübeck, Frankfurt a.M. und Hamburg war die Verpfändung solcher Sachen, deren Besitz nicht leicht auf den Gläubiger übertragen werden konnte, oder für den Schuldner unentbehrlich war, auch ohne Uebergabe möglich. So war es doch schon im 15. Jahrhundert möglich, daß ein Maler ein Gemälde, das er in Arbeit hatte, seinen Gläubigern verpfändete. Das Bild wurde den Pfandgläubigern nicht übergeben, obwohl es leicht hätte geschehen können. Aber der Maler konnte es, wenn er es vollenden sollte, nicht aus seiner Werkstatt entfernen, so daß sich das Pfandrecht der Gläubiger allein auf das Vertrauen gründete, daß er sie nicht durch heimliche anderweitige Veräußerung des Bildes betrügen würde.[33])

Wie wir also sehen, ist der Gedanke der Treue, des Vertrauens als Ersatz für den Besitz dem rein deutschen Recht nicht nur nicht fremd, vielmehr entspricht es ja geradezu seinem Wesen.

Folgt man uns auf dem Boden der gewonnenen rechtsgeschichtlichen Erkenntnisse so weit, daß es zur Zeit kein positivrechtliches Unding ist, gewisse durch die Bedürfnisse der heutigen Wirtschaft bedingte Rechtseinrichtungen abgelöst von der Ideologie und Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches zu konstruieren und seine Wesenheit aus den ureigenen substantiellen Elementen des Rechtsgebildes als solchem zu erfassen, so sehen wir keine Bedenken in der Feststellung, daß das deutsche Treupfand dem Pfandgläubiger nichts anderes verschafft, weder Eigentumsgemeinschaft im Schmelzeisen'schen Sinne noch Besitz, sondern nichts anderes verschafft, als das absolute nur auf Treue aufgebaute Recht der Verwertung und das Zugriffsrecht auf das Treupfandgut im Falle der Pfandreife und damit auch das Recht der vorzugsweisen Befriedigung im Sinne des § 805 ZPO. bei erfolgter Pfändung. Wir müssen uns eben stets des tiefen ethischen Gehalts vergewissern, den die Treue auch als Rechtseinrichtung im Leben des deutschen Volkes zu allen Zeiten aufwies. Wenn Treue und Treue geschuldet wurde, dann brauchte man der Kenntlichmachung dieser Gesinnung nicht unbedingt ein äußeres Zeichen zu verleihen. Die Macht,

---

[32]) Herbert Meyer, das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht S. 37; O. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 961; Hübner; Grundzüge des deutschen Privatrechts § 65. II, S. 476.

[33]) Entnommen bei Hübner, § 65 II, S. 476/477.

die der Treueempfänger vom Treugeber erhält, ist, wie bereits ausgeführt, nicht die unmittelbare oder vergeistigte Sachherrschaft, der Besitz des Treugutes; diese Macht ist eine innerliche, viel tiefer verankerte, nicht oberflächliche und äußerliche Herrschaftsmacht über eine Sache, sondern die durch das Recht geschützte Macht über den Menschen, der bei Treubruch unmittelbar verhaftet, gegebenenfalls strafrechtlich erfaßt wird (§ 266 StGB.)! Dies mag befremdend erscheinen im Hinblick auf das sogenannte Publizitätsprinzip, und man könnte dem entgegenhalten, das Treupfand könne nicht ohne einen wesentlichen Bruch mit wesentlichen Grundsätzen des allgemeinen Sachenrechts geschaffen werden. Dieser Einwand ist aber weder in historischer noch in sachlicher Hinsicht gerechtfertigt. In sachlicher Hinsicht, weil es, immer auf dem Boden der durch die Rechtserneuerung erwachsenen Rechtserkenntnis, nicht darauf ankommen darf, ob mit historischen Grundsätzen gebrochen wird, wenn es gilt, einem neuen dem Bedürfnis der Zeit entspringenden, ethisch wertvollen Rechtsgedanken den Weg zu ebnen. In historischer Hinsicht, weil das Publizitätsprinzip im alten deutschen Recht nicht immer die Regel war, und die Besitzpublizität heute infolge der Großräumigkeit und Intensität des modernen Rechtsverkehrs verfallen ist.[34]) Dies zeigt sich mit aller Deutlichkeit bereits in der Schaffung des Gesetzes betreffend die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen,[35]) des Kabelpfandgesetzes[36]) und des Gesetzes betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter.[37])

2. Gutgläubiger Erwerb des Treupfandes.

Zusammenfassend läßt sich für die Begründung des Treupfandrechts folgendes feststellen: Es entsteht durch Vereinbarung der Parteien und dient der Sicherung einer bestehenden Forderung. Eine Uebertragung des Besitzes wie ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. sind nicht erforderlich. Voraussetzung für ein wirksames Treupfandrecht ist aber stets, daß der genügend bestimmte Pfandgegenstand im Eigentum des Treugebers steht.

---

[34]) Rühl, Eigentumsvorbehalt u. Abzahlungsgeschäft S. 26; Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung S. 33; Hildebrand, Rechtsfindung S. 63 spricht von einer Zeichenschwäche des Fahrnisbesitzes.

[35]) RG. Bl. 1926 S. 367.

[36]) RG. Bl. 1925 S. 37.

[37]) RG. Bl. 1926 S. 399.

Hieraus ergibt sich die weitere sehr wichtige Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb des Treupfandes an dem Treupfandgeber nicht gehörigen Sachen möglich ist. Die Beantwortung dieser Frage kann für diejenigen, die die Entstehung des Treupfandes an die Erlangung des wenigstens mittelbaren Besitzes knüpfen [38]), keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Für das Registerpfandrecht ist daher die Anwendung des § 1207 BGB. grundsätzlich möglich. [39]) Praktisch spielen aber die Fälle, in denen der Schuldner selbst nicht unmittelbarer Besitzer ist, das Pfandrecht also durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch Erwerb des unmittelbaren Besitzes von einem Dritten entstehen kann (§§ 934, 931 BGB.) kaum eine Rolle. Der Gläubiger erwirbt zwar durch die Pfandabrede den mittelbaren Besitz der Sache, da der Schuldner ihm gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868 BGB.). Dieser mittelbare Besitz reicht aber, wie die Vorschriften der §§ 932 ff BGB. ergeben, zu einem Erwerb des Pfandrechts kraft guten Glaubens nicht aus. Es ergibt sich somit, daß der Gläubiger selbst bei dem Registerpfandrecht gerade in dem Regelfall, in welchem die Gegenstände in unmittelbarem Besitz des Schuldners verbleiben, ein Pfandrecht an den dem Schuldner nicht gehörigen Sachen auch dann nicht erwirbt, wenn er gutgläubig ist. [40]).

Im Ergebnis wird daher auch ein gutgläubiger Registerpfandrechtserwerb allgemein abgelehnt. [41])

Auch Schmelzeisen, der auf Grund seiner Treupfandkonstruktion unmittelbar § 934 BGB. zum gutgläubigen Erwerb Anwendung finden läßt, [42]) kommt ohne nähere Begründung zu dem gleichen Ergebnis.

Was das von uns entwickelte Treupfand anbetrifft, so kann zunächst festgestellt werden, daß die Vorschriften der §§ 1207, 934 BGB. von vornherein auszuschalten sind, da der Treupfandgläubiger Besitz am Treupfandgut nicht erhält. Es fragt sich aber, ob aus dem Wesen dieses Treupfandes mit Rücksicht auf das es begründende Treueverhältnis die obengestellte Frage eine andere Behandlung verdient.

Eines steht zweifellos fest, daß an abhandengekommenen Sachen ein Treupfand nicht bestellt werden kann. Dies ist eine logische Folgerung aus dem in § 935 BGB. für das ganze Bürgerliche Recht ausgesprochenen Grundsatz.

---

[38]) Vgl. Schmelzeisen a.a.O. S. 27.
[39]) Wir verweisen auf das einschlägige Schrifttum.
[40]) Vgl. v. Liebig u. Bechert a.a.O. S. 184.
[41]) Vgl. Nückell, die Zukunft der Sicherungsübereignung 1936, S. 75 ff.
[42]) Schmelzeisen a.a.O. S. 34, 2,a.

Aber auch an Sachen, die nicht abhandengekommen, die freiwillig aus dem Besitz des Eigentümers gekommen sind, kann eine wirksame Bestellung des Treupfandes nicht zugelassen werden. Die Gründe hierzu sind kurz folgende:

Wie zu allen Zeiten der deutschen Rechtsgeschichte der Schutz des gutgläubigen Dritten, der vom Nichtberechtigten erwarb, einer objektiven realen Unterlage bedurfte, die eine gewissermaßen jedermann erkennbare Verfestigung des guten Glaubens des Erwerbes im Einzelfall darstellt,[43]) so kann auch für das Treupfand von dem Erfordernis einer realen Unterlage für die Beachtlichkeit des redlichen Erwerbes nicht abgesehen werden. Während nun aber nach den einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches der Besitz schlechtweg als Voraussetzung für die Beachtlichkeit des guten Glaubens in der Person des Erwerbers verlangt wird, zeigt uns ein Blick in die Geschichte der deutschen Rechtsvergangenheit, daß auch außerhalb des Immobiliar-Sachenrechts der Grundsatz „Hand wahre Hand" anders als durch Besitz real unterbaut worden ist. Wir meinen die Eintragung in die schon seit dem 14. Jahrhundert bekannten Pfandbücher.[44]). Es war nämlich nach ältestem deutschen Recht als Ersatz Gewereübertragung stets ein öffentlicher Formalakt notwendig. Nach ältestem Recht, wie es sich im Stadtrecht von Wisby auf Gotland erhalten hat, erfolgte das Setzen des Pfandes vor ausdrücklich hinzugezogenen Sollemnitätszeugen; erst später fand außerdem eine Eintragung in das Stadtbuch statt, die aber zunächst lediglich die Bedeutung einer Notiz zur Ermittlung der hinzugezogenen Zeugen hatte, bis schließlich, der allgemeinen Entwicklung des Grundbuchrechts entsprechend, auch hier die Eintragung zu dem die Pfandsatzung erzeugenden Formalakt wurde.[45])

Auch in der jüngsten Rechtsentwicklung findet man ein Wiederanknüpfen an derartige Bucheinträge, wie dies im Bürgerlichen Gesetzbuch gemäß § 1260 bei der Begründung eines Schiffspfandes der Fall ist.

Es wäre nun das Einfachste, auf dem Boden dieser Entwicklung den gutgläubigen Erwerb des Treupfandes dadurch zu ermöglichen, daß man im Einzelfall die Begründung des Treupfandes durch Eintragung in ein etwa beim Amtsgericht zu führendes, den gewöhnlichen Publizitätsgrundsätzen un-

---

[43]) Vgl. Hübner, Deutsches Privatrecht, S. 433 und das dort angegebene Schrifttum.

[44]) Vgl. Meyer, das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht S. 70, 114 ff.

[45]) Vgl. Hübner a.a.O. S. 477, ferner Gierke, deutsches Privatrecht, S. 961.

terworfenes, Treupfandregister oder dergl. sichert. Es dürfte dann kaum Schwierigkeiten bereiten, der Eintragung in das Register öffentlichen Glauben entweder nach dem Vorbild des § 892 BGB. oder nach dem des § 15 HGB. beizulegen und den redlichen Verkehr zu schützen. Folgende Ueberlegungen sprechen aber gegen die Verwertbarkeit dieser Erkenntnisse und Ueberlegungen für unser Problem; einmal könnte ein solcher Schutz des redlichen Verkehrs überhaupt erst dann einsetzen, wenn bereits einmal eine derartige Eintragung in ein Pfandregister erfolgt ist; zugunsten des zweiten und ferneren Kreditgebers lediglich könnte die Vermutung sprechen, daß die im Treupfandregister eingetragene Fahrnis im Eigentum des Schuldners steht. Uns geht es aber gerade um die Frage, ob der erste Kreditgeber, der ohne grobe Fahrlässigkeit an das Eigentum des Treupfandgebers glaubt, analog den §§ 1207, 932 BGB. geschützt wird. Dies könnte über die bekannten Bestimmungen hinaus nur dann der Fall sein, wenn man der Ersteintragung in das Register konstitutive Wirkung zuspricht. Das aber ist, weil durch nichts gerechtfertigt, unannehmbar. Sodann aber kommt, wie wir unten [46]) dartun werden, eine Registereintragung nach historischem Vorbild überhaupt nicht in Frage. Es wird im Abschnitt über die Verklarung dargetan werden, daß eine derartige Registereinrichtung, so wertvoll sie in anderen Rechtsgebieten sein mag, im Bereich des Treupfandes, wie wir es auffassen, aus mannigfachen Gründen für das moderne Wirtschaftsleben völlig ungeeignet ist und keine Verwendung finden kann. Das, was wir Verklarung nennen, muß in vollständig anderer Weise erreicht werden, als dies bislang vorgeschlagen wurde. Und damit entfallen alle Möglichkeiten, mit Hilfe von Bucheintragungen irgend einen gutgläubigen Rechtserwerb im Bereich der Treupfandlehre zu konstruieren. Wir gelangen daher zum Ergebnis, daß unter Ablehnung der Vorschrift des § 1207 BGB. ein Treupfand nicht entsteht, wenn der Besteller Nichteigentümer ist.

Ist er Eigentümer, ist das Treugut aber mit einem Pfand (Nießbrauch) belastet, so bleibt dieses in Kraft, selbst wenn der Treunehmer zur Zeit des Erwerbes des Treupfandrechts in Ansehung des Pfandrechts (Nießbrauchs) in gutem Glauben ist. Es sei bemerkt, daß diese Regelung hinsichtlich des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes nicht so weit geht, wie die gesetzliche Pfandregelung in § 1208 BGB.. Das will aber auch nichts besagen, da unten nachgewiesen wird, daß der Treunehmer im Verklarungsverfahren alle Möglichkeiten hat, sich zu sichern. Das Gesagte gilt auch für die gesetzlichen Pfandrechte wie für das Pfändungspfandrecht: Ein nach ih-

[46]) siehe S. 62.

nen bestelltes Treupfand muß die bereits bestehenden Pfandrechte in vollem Umfange anerkennen, eine Regelung, die auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen durchaus entspricht.

Der eben aufgestellte Grundsatz gilt auch für die nachfolgenden Fälle: Ist ein Treupfand bereits bestellt und wird nun das Treugut vom Treugeber an einen Dritten übereignet, so erlischt das Treupfandrecht. Hier ist für die Vorschrift der §§ 932, 936 BGB. Raum, da das Treupfandrecht entsprechend unserer Darstellung keine stärkere Publizitätswirkung haben kann, als das bürgerlichrechtliche Pfandrecht: Uebereignung geht vor Treupfand! Verpfändet der Treugeber nach Bestellung des Treupfandes das Treugut gemäß § 1205 BGB., so erlischt das Treupfand aus den angegebenen Gründen ebenfalls, vorausgesetzt, daß der Pfanderwerber gutgläubig ist. Hier findet § 1207 BGB. zum Nachteil des Treunehmers wieder Anwendung. Dieser bleibt auf Schadensersatzansprüche usw. aus dem Innenverhältnis angewiesen. Darüber hinaus ist der Treugeber gegebenenfalls strafbar. Besonders wichtig ist aber hierbei die Feststellung, daß das Erlöschen des Treupfandes nur bei rechtsgeschäftlicher Verpfändung eintritt. Anders, wenn ein Pfandrecht ex lege oder ein Pfändungspfandrecht in Frage steht. Da gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 1257 BGB., die trotz der Sonderregelung im HGB. (§ 366) einzuengen kein Anlaß besteht, die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nur für das einmal wirksam entstandene Legalpfandrecht zur Anwendung gelangen dürfen, der Entstehungsvorgang des Legalpfandrechts selbst aber nicht unter dem Schutz dieser Vorschriften steht,[47]) so folgt daraus, daß das einmal bestellte Treupfand bei der Verwirklichung eines Legalpfandrechtstatbestandes nicht erlischt. Zieht also der Mieter nach In-Treupfand-Gabe seines Mobiliars in eine neue Wohnung und bleibt die Miete schuldig, so hat der Vermieter keine Möglichkeit, den Treunehmer an der Ausübung seines Verwertungsrechts zu hindern.

Für das Pfändungspfandrecht gilt Gleiches: Der Treunehmer behält gemäß § 805 ZPO. im Falle einer Pfändung des Treugutes beim Treugeber das Recht auf vorzugsweise Befriedigung.

3. Der Pfandgegenstand.

An welchen Gegenständen kann nun ein Treupfand bestellt werden? Zunächst ist zuzugeben, daß sich viele Sachen absolut nicht zu einer Bestellung des Faust- wie des Treu-

[47]) Vgl. RGR.Komm. § 1257 Anm. 2 S. 750; RG. 108/165; 138/16

pfandes eignen werden, weil sie entweder nicht hochwertig genug oder allzu schwer verwertbar sind oder so höchstpersönlichen Charakter tragen, daß eine In-Treugebung für die Vertragspartei nicht in Frage kommt. Das sind aber Fragen rein tatsächlicher Art, deren Entscheidung dem Willen der Vertragsparteien überlassen bleiben muß, insbesondere dem Treupfandgläubiger, denn er wird schon von selbst darauf bedacht sein, nur geeignete Pfandstücke auszuwählen.

Rechtlich interessant ist zunächst die Frage, ob nur Einzelsachen oder auch Sachgesamtheiten Gegenstand des Treupfandes sein können. Unstreitig ist nach bisherigem Recht die Verpfändung einer Sachgesamtheit an sich zulässig. Einzelheiten bedürfen hier keiner weiteren Darlegung.[48]) Das hier entwickelte Treupfand ist seinem Wesen wie seiner Konstruktion nach mit der Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes durchaus vereinbar. Hinsichtlich der Bestimmtheit der zu verpfändenden einzelnen Gegenstände, insbesondere der abgesonderten Aufbewahrung derselben an einem besonders hierfür bestimmten Stand- oder Lagerungsort können nur die Abmachungen der Parteien maßgebend sein. Wenn es schon einmal zur Treuverpfändung von Warenlagern oder Teilen derselben kommt, dann hat es der Gläubiger in der Hand, dem Schuldner die Pflicht zu einer genügenden Sonderlagerung aufzuerlegen. Die Sachen erscheinen dann, rechtlich gesehen, als durchaus genügend individualisiert. Es dürfte demnach bei dem Treupfand durchaus genügen, wenn die Pfandsachen einfach nach dem Lagerungsort bezeichnet werden.[49])

Weit schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Zulassung eines Treupfandes an Warenlagern mit wechselndem Bestande. Hierbei erweist sich die Individualisierung der Einzelsachen, aber auch die Bezeichnung des Stand- oder Lagerungsortes bedeutend schwieriger. Es ist nicht zu verkennen, daß die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande große Schwierigkeiten mit sich brachte. Diese führten schließlich dazu, daß weder Gläubiger noch Schuldner wußten, welche neu hinzugekommenen Gegenstände eigentlich im Einzelfalle der Sicherung dienen sollten. Wollte man auch eine Treupfandbestellung an derartigen Gegenständen schlechthin wie bei der Sicherungsübereignung zulassen, so würde das zu den gleichen Schwierigkeiten führen. Der Zweck des Treupfandes ist es aber gerade, die bei der Sicherungsübereignung aufgetretenen Män-

---

[48]) Vgl. die grundlegende Darstellung von Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern 1919.

[49]) Vgl. hierzu bezüglich des Registerpfandrechts Weißweiler, a.a.O. S. 51.

gel auszuschalten. Es muß daher eine andere, eine befriedigendere Form gefunden werden. Mit dem Treuebegriff kommt man bei der Behandlung dieser Frage nach der Natur der Sache nicht weiter; denn bei der hier aufgeworfenen Frage handelt es sich ja weniger um eine rechtskonstruktive Untersuchung als vielmehr um rechtspolitische Erwägungen darüber, wie am besten dem wirtschaftlichen Bedürfnis der Treuverpfändung von Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestande bei gleichzeitiger Ausmerzung der bisherigen Mängel genügt werden kann. Geht man davon aus, daß Warenlager mit wechselndem Bestande lediglich bei Kaufleuten (Voll- oder Minderkaufleuten) eine Kreditunterlage bilden und ferner davon, daß Kaufleute ohnehin ein Warenlagerbestandsverzeichnis führen, so wäre empfehlenswert, für sie ein obligatorisch zu führendes Buch vorzuschreiben.

Im Zuge der Reform der Sicherungsübereignung wurden insbesondere aus Bankkreisen auf Grund der Zustimmung des Sonderausschusses des Industrie- u. Handelstages[50]) ähnliche Vorschläge gemacht. Diese [51]) gehen davon aus, daß die herrschende Kreditkrise in ihrem Keim auf mangelndem Vertrauen begründet sei, und verlangen daher vom Schuldner, soweit er zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet ist, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalte und sonstige Rechtsverhältnisse, denen ein Auseinanderfallen von unmittelbarem Besitz und Eigentum eigen ist, in ein obligatorisch zu führendes Buch einzutragen. Die Bedenken, die gegen die Einführung solcher Bücher geäußert worden sind [52]), sind nicht berechtigt. Es ist nicht notwendig, eine allgemeine Norm für diese Buchungspflicht aufzustellen, vielmehr würde es durchaus genügen, wenn der Treupfandgläubiger seinem Schuldner als weitere Hauptpflicht die Führung eines solchen Buches auferlegt. Im übrigen liegt die Einführung solcher Bücher ja im Zuge der Zeit. Man denke zum Beispiel an das Wareneingangsbuch. Im Falle der Weigerung des Schuldners zur Anlegung eines solchen Buches würde er sich einer Ablehnung der Kreditgewährung aussetzen. Der Schuldner ist auch auf Grund des Treueverhältnisses dem Treunehmer gegenüber verpflichtet, richtige Eintragungen vorzunehmen und auf Verlangen wahre Auskunft zu geben. Die Einsichtnahme

---

[50]) Einzelheiten hierüber ergeben sich aus dem von der Kommission des Bankausschusses des Deutschen Industrie- u. Handelstages ausgearbeiteten Gesetzentwurfs (abgedr. i. d. Denkschrift d. Reichsjustizmin. S. 80).

[51]) Vgl. die Verhandlungen d. Dt. Ind. u. Handelstages 1926, H. 1 S. 42.

[52]) Vgl. Weinhausen, Die Sicherungsübereignung, S. 150; Weißweiler, a.a.O. S. 34.

in diese Bücher ist nicht etwa jedermann, sondern allein dem Gläubiger zum Zwecke der Kontrolle und Information gestattet und zwar auf Grund des Treupfandvertrages. Der Treugeber ist zur Vorlegung verpflichtet. Bei Zuwiderhandlungen, also falschen Buchungen, würde der Schuldner im Falle der Einstellung seiner Zahlungen nach Maßgabe der §§ 239, 240 KO. straffällig werden. Mögen diese Bücher nicht, wie § 239 KO. verlangt, Handelsbücher im Sinne des Gesetzes sein, so doch gemäß der heutigen Rechtsauffassung gemäß § 2 StGB. unbedenklich den Handelsbüchern gleichgestellt werden können. Die Auskunftsverweigerung würde den Gläubiger einen sofortigen Kündigungsgrund in Ansehung des hingegebenen Darlehens bezw. ein Recht zur sofortigen Verwertung des Treupfandes geben.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß Treupfandbestellungen seitens Kaufleuten an Warenlagern mit wechselndem Bestande zur Sicherheit des Treunehmers den Treugeber verpflichten ein Buch über den jeweiligen Bestand des Warenlagers zu führen und zu jeweils vertraglich festzusetzenden Zeitpunkten dem Gläubiger vorzuzeigen.

Sodann ist zu untersuchen, ob das Treupfand an unpfändbaren Sachen zuzulassen ist. Ueber diese Frage hat sich für den Geltungsbereich der Sicherungsübereignung in der neuesten Zeit im Anschluß an ein viel umstrittenes Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf-Gerresheim [53]) ein lebhafter Meinungsaustausch gebildet. Das Amtsgericht Düsseldorf erklärt in diesem Urteil die Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände wegen Verstoßes gegen das Gesetz für unzulässig. Zur Begründung führt es an, daß der Zweck der §§ 810 ff ZPO. nicht darin bestünde, dem Schuldner eine Wohltat zu erweisen, sondern daß er auf sozialpolitischem Gebiete liege. Der Staat habe, so fährt es fort, ein begründetes Interesse daran, daß der Einzelne nicht durch Kahlpfändung auf einen Stand wirtschaftlicher Mittellosigkeit herabgedrückt wird, der ihm die Grundlage geordneter Bestreitung seines Unterhalts zerstört und ihn staatlicher Fürsorge zur Last fallen läßt. Wenn aber die staatliche Pfändung selbst bei Einwilligung des Schuldners in unpfändbare Sachen unzulässig sei, so müßte es auch als unstatthaft angesehen werden, wenn der Schuldner zu Sicherungszwecken die notwendigen Hausgeräte, Einrichtungsgegenstände oder Vorräte einem Gläubiger übereignet. Die Sicherungsübereignung sei deshalb als gegen das Gesetz verstoßend nach § 134 BGB. für nichtig zu erachten.

---

[53]) Vgl. JW. 1933, S. 2931; ferner LG. Bielefeld in JW. 1935, S. 674; auch LG. Breslau in JW. 1935, S. 414.

Diese Ansicht hat berechtigten Anlaß zur Kritik gegeben. In einem grundlegenden Aufsatz hat sich vor allem Henneberg [54]) gegen diese Auffassung gewandt, indem er in überzeugender Weise darauf hinweist, daß die Wirtschaftskrise den kleinen Handwerker oftmals zwinge, seine für ihn unentbehrliche wertvolle und unpfändbare Maschineneinrichtung bei der Kreditbeschaffung zu verwenden. Man dürfe dem kleinen Mann nicht versagen, was dem großen erlaubt sei. Wir schließen uns, soweit es sich um das Treupfand handelt, seinen Ausführungen ohne Einschränkung an.

Im Gegensatz zu der Ansicht Hennebergs hat sich neuerdings Schmelzeisen ebenfalls gegen eine Treupfandbestellung an unpfändbaren Sachen ausgesprochen und sie nichtig bezeichnet. [55]) Er hält eine Kreditwirtschaft, in der es möglich und erlaubt sei, daß der Kreditnehmer seine ganze Daseinsgrundlage aufs Spiel setze, für ungesund. Wir vermögen uns auch hier nicht seinen Ausführungen anzuschließen. Es würde gerade den Zielen des Nationalsozialismus widersprechen, wenn die einfachen und wirtschaftlich schwachen Kreise der Bevölkerung insbesondere die kleinen Handwerker in ihren Nöten den erforderlichen Kredit nur finden sollen, wenn sie nur an den Gegenständen, die über die notwendige Habe oder unentbehrliche Geschäftseinrichtung hinausgehen, dem Geldgeber eine Sicherung zu gewähren vermögen. Gewiß soll der Staat aus sozialpolitischen Rücksichten die völlige Auspfändung eines Schuldners verhindern. Diese Fürsorge des Staates findet aber seine berechtigten Grenzen darin, daß es, ohne den Vorwurf individualistischer Denkweise befürchten zu müssen, nicht seine Aufgabe sein kann und soll, dem Volksgenossen die Verfügungsgewalt über seine unpfändbare Habe völlig zu entziehen, zumal nach herrschender Lehre der Schuldner nachträglich auf die ihm durch § 811 ZPO. eingeräumten Rechte verzichten kann. [56]) Darüber zu wachen, daß bei einer Treupfandbestellung an unpfändbaren Sachen kein Mißbrauch getrieben, insbesondere die Daseinsgrundlage des Schuldners nicht aufs Spiel gesetzt wird, was sich selbstverständlich mit seiner Würde nicht vereinbaren ließe, ist Aufgabe des beurkundenden Notars, der, wie unten ausgeführt werden wird, den Treupfandvertrag aufzunehmen hat.

Die Ansicht des Amtsgerichts Düsseldorf müßte in allen ihren Konsequenzen zu dem wirtschaftlich untragbaren Ergebnis führen, daß auch Verpfändungs- und Kaufverträge über derartige Sachen nichtig sind, sodaß der in Not befind-

---

[54]) Henneberg in DJ. 1934, S. 1441.
[55]) a.a.O. S. 30 ff.
[56]) Vgl. Gaupp-Stein-Jonas, Bem. I 2 zu § 811 ZPO.

liche Volksgenosse einen unter die Vorschrift des § 811 ZPO. fallenden Gegenstand nicht mehr auf das Pfandhaus tragen oder freihändig veräußern und niemals einen Gläubiger finden könnte, der die Gefahr der Nichtigkeit der Verpfändung oder des Kaufvertrages auf sich nehmen würde.[57])

Vor allem aber ist doch zu bedenken, daß gegen solche Auswüchse, wie sie insbesondere Schmelzeisen im Auge hat, eine energische Anwendung der §§ 138, 826 BGB. genügenden Schutz bieten.

Wir wollen zwar Schmelzeisen nicht den Vorwurf machen, daß in seinem Unterbewußtsein vielleicht die Auffassung vorherrschte, daß Pfändung und Verpfändung Rechtsparallelen darstellen, die auf einer einheitlichen Grundlage stehen, nämlich in dem Pfandrecht verwurzelt sind, und daß er aus diesem Grunde entsprechend dem Pfändungsverbot auch das Treupfandverbot anerkannt hat. Abgesehen von den immer wieder angeführten rechtspolitischen Erwägungen liegt doch der Gegensatz der gesetzlich bestimmten Pfändungsverbote zu der Rechtslage, wie wir sie beim Treupfand finden, auf der Hand. Der Zivilprozeßgesetzgeber hat die Pfändungsverbote aufgestellt, um die Macht des Vollstrekkungsgläubigers, der ja schließlich nicht als Freund, sondern als Gegner des Vollstreckungsschuldners zu seinem Recht zu kommen sucht, einzuschränken und in gerechte Grenzen zu bannen. Wenn man auch heute das Rechts- oder Schuldverhältnis nicht mehr als Freund-Feind-Verhältnis auffassen soll,[58]) sondern mehr aus dem Gesichtspunkt der Gliedzugehörigkeit zur deutschen Volksgemeinschaft, so darf diese Forderung doch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß im harten Daseinskampf der titelbewaffnete Vollstrekkungsgläubiger den Schuldner seine Macht fühlen läßt. Daher die Pfändungsverbote des Gesetzes. Wie aber ist die Sachlage beim Treupfand? Wenn der bescheidene über die nötigen Mittel nicht verfügende Volksgenosse sich hilfesuchend an den kreditgebenden Gläubiger, an seinen Freund wendet, und ihm in den Grenzen von Sitte und Moral einen Gegenstand in Treue verpfändet, der zu seinem Hausrat oder zu seiner Geschäftseinrichtung gehört, so ist hier — gerade aus der Lebenswirklichkeit der Fälle betrachtet — das Verhältnis der Beteiligten zueinander gänzlich anders als oben. Es geht darum, dem Volksgenossen beizustehen, ihn die Schwierigkeiten überbrücken zu helfen. Die rechtlichen Gesichtspunkte sind völlig andere als bei den gesetzlichen Pfändungsverboten, sodaß der Satz, daß auch unpfändbare

---

[57]) Vgl. auch Caspari in JW 1935, S. 674.

[58]) Vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934, S. 70.

Sachen zum Treupfand gegeben werden können, jedenfalls in denjenigen Fällen gerechtfertigt ist, wo Wucher und Uebervorteilung ausgeschlossen sind.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß in den angegebenen Grenzen eine Treupfandhingabe auch von unpfändbaren Sachen zulässig ist.

4. Das Innen- und Außenverhältnis.

Es ist jetzt unsere Aufgabe, das Innen- und Außenverhältnis des Treupfandes kurz darzustellen. Wir werden auch bei dieser Darstellung kurz berücksichtigen, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches grundsätzlich in Kraft sind, daß aber bei der Sinndeutung unseres Problems die gewonnenen Erkenntnisse Beachtung zu finden haben.

Was zunächst das Innenverhältnis anbetrifft, so ist auch für das Treupfand von dem allgemeinen Pfandrechtsgrundsatz auszugehen, daß es, wie jedes Pfandrecht, ein dingliches Verwertungsrecht an Fahrnis ist, das zur Sicherung einer Forderung dient.[59]) Es ist wirkliches Pfandrecht und nicht nur ein pfandartiges Ersatzinstitut.

Sein Inhalt ist bestimmt begrenztes Herrschaftsrecht des Pfandgläubigers mit dem Recht der Verwertung und zwar ohne Besitzmacht und Nutzungsbefugnis im Gegensatz zu dem im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Pfand (§ 1204 ff). Aus der Begriffsbestimmung folgt nun aber, daß das Treupfand kein abstraktes verselbständigtes Recht darstellt, sondern zu den angelehnten, den sogenannten akzessorischen Rechten gehört, da es, wie das gewöhnliche Pfandrecht und die Hypothek, rechtsnotwendig der Sicherung einer Forderung dient, ohne den Bestand einer solchen also nicht begriffen werden kann.

Die Forderung muß gültig und gegenwärtig sein, dem Pfandgläubiger zustehen und grundsätzlich von vornherein auf Geld gerichtet sein.

Zwar ließe sich denken, daß die durch Treupfand gesicherte Forderung jede beliebige Leistung zum Inhalt hat, sondern nur dem Erfordernis des § 1228 Abs. II Satz 2 BGB. genügt ist. Es ist aber im Verlauf der Abhandlung mehrfach darauf hingewiesen worden, daß nach deutscher Rechtsauffassung das Treupfand sich immer nur als reines Kreditpfand herausgebildet hat, d. h. als Sicherung einer Forderung gilt, die von vornherein auf Geld gerichtet ist. Dies führt auch zur Ablehnung eines Treupfandes für bedingte oder künftige Forderungen in Abweichung von der Vorschrift des § 1204 Abs. II BGB. Im Rahmen der Treuebindung kann

[59]) Siehe S. 37 ff.

man sich ein gegenwärtiges Pfandrecht eines erst künftigen Gläubigers nicht recht vorstellen; ebensowenig auch ein bedingtes Pfandrecht. Derartige Konstruktionen widersprechen der Realität des Treueempfindens im deutschen Recht; denn die Inanspruchnahme des Partners im Wege des Treupfandes stellt eine so tiefgreifende Einflußnahme auf die Persönlichkeit des Pfandgebers dar, daß eine Bindung, wie sie das Treupfand mit sich bringt, erst in dem Augenblick als möglich erscheint, in dem die Sicherung des Gläubigers wahrhaft gerechtfertigt erscheint. Die zu sichernde Forderung muß daher bereits endgültig bestehen, damit ein Treupfand gültig bestellt werden kann. Dagegen ist unerheblich, gegen wen sie gerichtet ist. Auch eine gegen einen Dritten gerichtete Forderung kann treumäßig gesichert werden.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Feststellung, daß das Treupfand, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande haftet, wobei auch alle Akzessorien (Nebenansprüche, wie Zinsen und Vertragsstrafen, Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung, Pfandverkaufskosten) mit zu berücksichtigen sind (§ 1210 BGB.). Auch durch eine nachträgliche Vereinbarung mit dem persönlichen Schuldner kann diese Haftung nicht erweitert werden; jedenfalls würde eine dahinzielende rechtsgeschäftliche Erweiterung der Pfandhaftung nur persönliche Wirkungen äußern und den dinglich berechtigten Nachmännern des Pfandnehmers gegenüber unwirksam sein. [60])

Daß das Innenverhältnis zwischen Treunehmer und Geber sozialen Charakter trägt, d. h. unter größtmöglicher Schonung der Person des Treugebers aufgefaßt und beurteilt werden muß, ist selbstverständlich. Daher steht dem persönlichen Schuldner, der das Treupfand bestellt hat, auch das prozessuale Verweisungsrecht des § 777 ZPO. zur Seite. Gemäß dem Wortlaut des Gesetzes ist die Ausübung des Verweisungsrechts allerdings bedingt durch den Besitz des Treugutes seitens des Gläubigers, kommt also im allgemeinen nur für die Zeit nach eingetretener Pfandreife in Betracht, wobei es gleichgültig ist, ob die Besitzüberlassung durch den Treugeber freiwillig oder auf Grund des Herausgabeanspruchs des Treunehmers zwangsweise erfolgt ist. Hat aber der Gläubiger leiblichen Besitz erlangt, so ist er gegen jeden Rechtserwerb Dritter geschützt und muß sich daher den in § 777 ZPO. als schutzwürdig anerkannten Interessen des Treugebers fügen.

Auch das Treupfand ist, wie jedes Pfand, ein durch schuldrechtliche Bindungen gekennzeichnetes Herrschaftsrecht.

---

[60]) Vgl. Planck § 1210 Anm. 2a, S. 1173; a.A. Staudinger § 1210,1a S. 1477.

Wie beim Nießbrauch besteht bekanntlich beim bürgerlichen Pfand ein gesetzliches Schuldverhältnis, das nicht, wie beim römischen Realkontrakt, rechtliche Unterlage des Pfandes ist oder neben dem Pfandrecht selbst sein Dasein hat; es ist vielmehr so, daß dieses gesetzliche Schuldverhältnis das dingliche Herrschaftsrecht des Pfandgläubigers, d. h. das Pfand als solches durchdringt und mit der dinglichen Sachbelastung unlöslich verknüpft ist.[61]) Es besteht — im Gegensatz zum Nießbrauch — stets zwischen dem Pfandgeber (Verpfänder) und Pfandgläubiger, auch wenn Pfandbesteller und Eigentümer auseinanderfallen. Es entsteht kraft Gesetzes mit der Begründung des Pfandtatbestandes als solchen und bedarf — im Gegensatz zum römischen Recht — keiner darauf gerichteter schuldrechtlicher Willenserklärungen;[62]) es stellt sich als ein Inbegriff von beiderseitigen Ansprüchen und Pflichten dar; es ist auf das schärfste zu scheiden von einem auf Pfandbestellung gerichteten obligatorischen Schuldvertrag.

Wie gestaltet sich nun diese sogenannte Legalobligation bei unserem Treupfand? Kann eine solche Legalobligation Raum haben? Hier ist folgendes zu sagen: Eine Anzahl der im Bürgerlichen Gesetzbuch gegebenen Vorschriften zum Schutze der Interessen der am Schuldverhältnis beteiligten Subjekte, sowohl des Schuldners wie des Gläubigers, können beim Treupfand von vornherein deshalb nicht zur Anwendung gelangen, weil ihre Voraussetzung, der Mittlungsbesitz des Pfandnehmers, nach unserer Konstruktion ja entfällt. Dahin gehören die Vorschriften der §§ 1215 (Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers), 1216 (Verwendungsansprüche des Pfandgläubigers), 1218 (Rückgabepflicht des Pfandgläubigers bei Wertminderung) und 1223 (Rückgabepflicht nach Erlöschen des Pfandrechts). Die hier erwähnten Vorschriften setzten Pfandbesitz voraus.

Zweifelhaft dagegen könnte sein, ob § 1217 BGB. zur Anwendung beim Treupfand geeignet erscheint. Das ist aber abzulehnen. Gewiß kann der Treunehmer die Rechte des Treugebers in erheblichem Maße verletzen und das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmachung des Treugebers fortsetzen, ohne daß ein solcher Tatbestand leiblichen Besitz des Verletzers voraussetzt. Man denke etwa an Ausstreuung falscher Gerüchte über die Kreditlage des Treugebers oder man denke an Versuche desTreunehmers irgendwelcher Art, das im Besitz des Treugebers befindliche Gut direkt oder indirekt zu beeinträchtigen. In einem solchen Fall kann aber nach den allgemeinen Vorschriften gegen den

---

[61]) Vgl. Staudinger, Vorbem. zu den §§ 1204 ff IV, b. S. 1448.
[62]) Planck, Vorbem. zu den § 1204 ff S. 1148.

Täter vorgegangen werden (§§ 823 ff, § 826 BGB.). Insbesondere kann ein solches Verhalten als Verletzung des Treupfandvertrages selbst in Betracht kommen. Dann liegt aber eine vertragliche Verletzung, nicht dagegen die eines gesetzlichen Schuldverhältnisses vor und § 1217 BGB. läßt keinen Zweifel, daß der Anspruch des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger auf Hinterlegung des Pfandes auf Kosten des Pfandgläubigers sich unmittelbar aus dem legalen Schuldverhältnis ergibt und ganz offenbar durch den Besitz des Pfandgläubigers bedingt ist.[63])

Es bleiben daher im wesentlichen als zur Anwendung geeignet nur die Vorschriften der §§ 1219 u. 1923 BGB. übrig.[64]) Aber auch für sie, die gemäß der unzweideutigen Regelung des Gesetzes unmittelbare Anwendung auf das Faustpfand, das Besitzpfand, finden, dürfte im Rahmen des Treupfandes, wie wir es auffassen, keine Anwendungsmöglichkeit bestehen. Was zunächst die Vorschrift des § 1219 BGB. anbetrifft, so kann danach der Pfandgläubiger das Pfand öffentlich versteigern lassen, wenn durch drohenden Verderb oder durch eine zu besorgende wesentliche Wertminderung die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet ist. Es tritt dann der Erlös an die Stelle des Pfandes; auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen. Ein solcher Vorgang kann zweifellos beim Treupfand genau so zur Entstehung gelangen wie beim Besitzpfand des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Fall, der besonders dann eintreten wird, wenn der Marktpreis des Treugutes erheblich sinkt. Man wird auch keine Bedenken haben, dem Treunehmer ein derartiges Versteigerungsrecht, wie es § 1219 BGB. gewährt, zuzubilligen. Zur konstruktiven Begründung eines solchen Rechtes bedarf es aber nicht der Annahme einer Legalobligation; denn die Verpflichtung des Treugebers, eine solche öffentliche Versteigerung über sich ergehen lassen zu müssen, ergibt sich nach unserer Konstruktion bereits aus dem Treupfandvertrag. Er begründet in vollem Umfange aus dem Gesichtspunkt der durch die Treueidee bedingten Bindung diese Befugnis des Gläubigers und es wäre eine höchst überflüssige Formalkonstruktion, diese Regelung auf ein besonderes im Treupfand enthaltenes gesetzliches Schuldverhältnis zurückzuführen. Einen derartigen Rückfall in vergangene Denkweise wollen wir vermeiden.

Gleiches gilt von der auf das Treupfandrecht sinngemäß anzuwendenden Vorschrift des § 1223 BGB.: Der Pfandgläu-

---

[63]) Vgl. (Planck)-Brodmann zu § 1217, 1 a, S. 1185; RGR.K. § 1217. Anm. 1 S. 720.

[64]) Es können im Rahmen der Abhandlung natürlich nur die Grundlinien aufgezeichnet werden. Die Behandlung von Einzelfragen muß einer gesonderten Abhandlung überlassen bleiben.

biger ist nach Pfanderlöschen zur Freistellung des Treugebers nicht kraft eines besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisses verpflichtet, sondern unmittelbar aus dem Treupfandvertrage selbst, dessen Inhalt ja gerade darauf abzielt, das Treueband zwischen Treugeber und -nehmer nach Befriedigung des letzteren zu lösen und dem Treugeber in Ansehung des Treugutes seine alte Freiheit wieder zu verschaffen.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß die Annahme eines gesetzlichen Schuldverhältnisses im Rahmen des Treupfandes unnötig ist.

Daß beim Treupfand der Treunehmer verbotene Eigenmacht begeht, wenn er, selbst im Fall der Pfandreife, das Treugut dem Treugeber ohne dessen Willen entzieht und in Besitz nimmt, bedarf keiner näheren Erörterung; er handelt widerrechtlich, da der Treugeber nach dem Vertrage ja gerade im unmittelbaren Besitz des Treugutes bleibt.

Wenn umgekehrt der Treugeber das Treugut beschädigt oder zerstört, so verletzt er dadurch nicht, wie Schmelzeisen[65]) meint, den durch das Treuverhältnis begründeten Besitz des Treupfandgläubigers, sondern das Treuvertragsschuldverhältnis. Eine verbotene Eigenmacht aber begeht er nicht. Wenn Schmelzeisen seiner Auffassung gemäß in einem solchen Falle dem Pfandgläubiger das Selbsthilferecht zuspricht, (§ 859 BGB. -Besitzverkehr), kraft dessen der Treunehmer berechtigt sein soll, sich den leiblichen Besitz der Sache zu verschaffen, die er dann allerdings als Faustpfand zu behandeln hätte,[66]) so zeigt dies die widerspruchsvolle, jedenfalls nicht ganz vollkommene Auffassung Schmelzeisens; denn bei ihm geht es um reine Fragen der Besitzgewalt, die mit dem Wesen der Treue, wie sie zwischen den Partnern besteht, nichts zu tun hat, vielmehr bei dem gewöhnlichen Faustpfand des Bürgerlichen Gesetzbuches in durchaus gleicher Weise zur Anwendung käme. Nach unserer Auffassung zeigt sich aber gerade in diesem widerrechtlichen Verhalten des Treugebers die doch zweifellos volkstümlichere und damit auch mehr besagendere Auffassung vom Treubruch des Treugebers, der nicht nur den Besitz des Treugutes als tatsächliche Herrschaftsgewalt, sondern viel tiefer gehend das Treupfandverhältnis selbst erschüttert. Auch strafrechtlich zeigt sich der Unterschied der beiden Auffassungen deutlich: Nach der Schmelzeisen'schen Lehre läge der Tatbestand der Pfandkehr vor und hätte die Bestrafung des Täters gemäß § 289 StGB. zu erfolgen, (Antragsdelikt). Daß § 289 StGB. aber etwas mit einem Treueverhältnis zu tun hätte, ist bisher nicht behauptet worden. Nach unserer Auf-

[65]) a. a. O. S. 41.
[66]) Schmelzeisen S. 42.

fassung dagegen liegt eine Straftat gemäß dem neuen Strafgesetz vom 26. V. 1933, d. h. eine Verletzung des § 266 StGB., also wirklicher Treubruch vor; ein Ergebnis, das zu unserer Treuhandauffassung viel unmittelbarer und vollkommener paßt als die Anwendung des § 289 StGB.

Kraft des Treueverhältnisses hat der Treunehmer bei Pfandreife einen dinglichen Anspruch gegen den Treugeber auf Herausgabe des Treugutes zum Zwecke der Befriedigung im Wege des Pfandverkaufes, auf den die bekannten Vorschriften uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Da Pfandverkauf und -versteigerung nichts anderes als Verwirklichung der dem Treunehmer zustehenden Rechte darstellt, haben sie selbst mit dem zwischen dem Treunehmer und -geber bestehenden Treuband nichts zu tun und bedürfen keinerlei Abänderung. Rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Treunehmers beim Pfandverkauf führt, von Besonderheiten abgesehen, zur Haftung aus dem Treuevertrag.

Wie klagt nun notfalls der Treunehmer, wenn er sein Zugriffsrecht, d. h. sein Verwertungsrecht ausüben will?

Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, die kreditgesicherte Forderung einzuklagen und nach erlangtem Titel wegen der Geldforderung die Pfändung des Treugutes herbeizuführen. (§§ 808 ff ZPO.). Dieser Weg der Beitreibung kennzeichnet aber nicht das Wesen des Treupfandes. Dies wird vielmehr gekennzeichnet durch den zweiten sich dem Treunehmer eröffnenden Weg, auf Herausgabe des Treugutes zum Zwecke der Befriedigung durch Verkauf gegen den Treugeber zu klagen. Dieser Herausgabeanspruch beruht auf dem dem Treunehmer zustehenden absoluten Verwertungsrecht, von dem wir bereits oben S. 37 ff näher gehandelt haben. Wir wissen, daß dieses Verwertungsrecht aus dem Treupfandverhältnis erwachsen ist und dem Berechtigten ein Herrschaftsrecht verschafft, das mit dinglicher Wirkung gegen jedermann ausgestattet ist. In dieser Beziehung stehen sich der Treunehmer und der Pfandgläubiger des BGB. gleich. Ein Unterschied besteht nur insoweit, als nach dem BGB. der Faustpfandgläubiger es noch nicht nötig hat, zum Zwecke der Verwertung einen Herausgabeanspruch gegen den Pfandbesteller geltend zu machen; denn er ist ja Besitzer der zu verwertenden Pfandsache. Enthält aber ein Dritter dem Faustpfandgläubiger den Besitz der Sache vor, so kann dieser mit der actio pigneraticia directa gemäß § 1227 BGB. gegen ihn vorgehen. Er tut es in diesem Falle aber nicht spezifisch zum Zwecke der Verwertung der Pfandsache, sondern zur Wahrung seiner Rechtsstellung überhaupt. Anders ist die Sachlage im Fall des § 1231 BGB. Hier wird von einem Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers zum Zwecke des Verkaufs gesprochen, und darin

zeigt sich die geschwisterliche Verbundenheit des Bürgerlichen Faustpfandrechts mit unserer Treupfandschaft; denn in beiden Fällen dient der Herausgabeanspruch der Verwirklichung des dem Gläubiger zustehenden Verwertungsrechts. Dieses entspricht dem dinglichen Verwertungsrecht des § 1003 BGB., dem Verwertungsrecht des Hypothekars (§ 1147 BGB.) und des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§ 369 HGB.). Die Zwangsvollstreckung erfolgt in diesem Fall nach den Vorschriften der §§ 883 ff ZPO., so daß der Gläubiger nicht, wie in den Fällen des § 808 ZPO. seinen Zugriff auch auf andere Vermögensstücke des Treugebers lenken kann. Diese Vollstreckung vollzieht sich einfach und natürlich. Die für das Gebiet der Sicherungsübereignung in Schrifttum und Praxis oft behandelte Frage, ob eine Vollstreckung des Sicherungsgläubigers in die ihm gehörige, aber dem Schuldner zurückzugewährende Sache nur unter Verzicht auf seine pfandartige Stellung zulässig sei, berührt uns nicht; denn kraft des dem pfändenden Treunehmer zustehenden Verwertungsrechtes wird die Zwangsvollstreckung durchgeführt. In ihr erlebt ja die Vollstreckung ihren eigentlichen Zweck, ihren tieferen Sinn. Die Auffassung, daß der Treunehmer, sofern er ins Treugut vollstreckt, auf sein Treupfandrecht verzichten müßte, wäre absurd.

Bedenklich dagegen ist die Auffassung Schmelzeisens, der gleichfalls einen Treupfandverzicht ablehnt, obwohl er doch auf dem Boden einer Lehre von der pfandartigen Natur der Sicherungsübereignung steht.

Schließlich seien noch einige das Innenverhältnis berührende Punkte erwähnt. Befriedigt ein Dritter den Treunehmer, so kommt § 267 BGB. zur Anwendung, dagegen nicht die §§ 268, 1259 BGB. aus den immer wieder angeführten Gründen (fehlender Besitz, persönliche Natur des Treueverhältnisses).

Im Konkurs des Eigentümers ist der Treunehmer absonderungsberechtigt, wie dies seit jeher ja auch die reichsgerichtliche Judikatur und das einschlägige Schrifttum angenommen haben.[67]) Während die bisherige Auffassung vermöge einer gewundenen und reichlich gekünstelten Konstruktion möglich war, ist diese Rechtsfrage nach unserer Auffassung einfach und klar, eine Folgerung des oben dargestellten Treueverhältnisses zwischen Konkursschuldner und Treunehmer.

Das Außenverhältnis des Treupfandes ergibt sich aus seiner oben näher entwickelten Dinglichkeit. Ist das Treupfandherrschaftsrecht nicht anders als das Pfand, so steht dem Treunehmer als Schutz gegen Dritte entsprechend der

[67]) Vgl. Anm. 31 auf S. 17.

Pfandklage des § 1227 BGB. der dingliche Herausgabeanspruch zur Seite. Er kann diesen Anspruch natürlich nur mit der Maßgabe geltend machen, daß vor der Pfandreife der Dritte zur Herausgabe der Sache an den Treugeber (analog § 869 BGB.) verurteilt wird. Im Gegensatz zu der von Schmelzeisen S. vertretenen Auffasung steht dem Treunehmer dagegen nicht der Besitzrechtschutz — auch nicht im Rahmen des § 869 BGB. — zu. Verbotene Eigenmacht kann seitens eines Dritten niemals gegen Treunehmer — stets nur gegen den Treugeber — verübt werden (s. § 858 BGB.). Der Treunehmer kann allenfalls in einem solchen Fall nach dem Grundsatz der unerlaubten Handlung Schadensersatzansprüche geltend machen. Mag er einen solchen Anspruch auf die Vorschrift des § 823 Abs. I BGB. (Treupfand — sonstiges Recht) oder auf § 823 Abs. II BGB. (siehe § 263 StGB.) beziehen. Im Ergebnis kommt dies der Regelung des § 869 BGB. nahe, da gemäß § 249 BGB. zunächst der Täter verpflichtet ist, die Sache, ebenso wie in § 869 BGB. dem Treugeber herauszugeben. Selbstverständlich wird sich gewöhnlich die seitens eines Dritten dem Treugeber gegenüber verübte verbotene Eigenmacht gleichzeitig als Verletzung des absoluten Herrschaftsrechtes des Treunehmers darstellen. Dann steht ihm eben der oben erörterte Anspruch aus § 1227 BGB. zur Seite. (Siehe auch § 992 BGB.).

Nach der Pfandreife steht der Treunehmer, sofern ihm der Besitz zur Verwertung überlassen ist, einem Faustpfandgläubiger gleich in seiner Stellung Dritten gegenüber, wie denn überhaupt in diesem Stadium der Entwicklung Treupfand- und -Faustpfandgestaltung übereinstimmen. Dies ist ein sehr beachtlicher Gesichtspunkt. Ergibt sich doch daraus, daß die ganze Problematik des Treupfandes nur das erste Entwicklungsstadium, die Begründung der Rechtsposition des zu sichernden Gläubigers betrifft, nicht aber das zweite Stadium, die Sachbefriedigung.

Der Anspruch aus § 1007 BGB. steht im Gegensatz zum Faustpfand dem Treunehmer nicht zur Seite, da er sich als Besitzanspruch darstellt, für den beim Treupfand kein Raum ist. Dagegen ist gegen die Anwendungsmöglichkeit der §§ 1004 u. 1005 BGB. zugunsten des Treunehmers nichts einzuwenden, wenn auch zugegeben werden muß, daß die dort bezeichneten Tatbestände in der Praxis sich selten verwirklichen werden.

Die von Schmelzeisen [68]) sehr eingehend behandelte Problemfrage des Verhältnisses mehrerer Treupfänder zueinander bereitet uns keinerlei Schwierigkeiten. Eine zweite Treupfandbestellung ist durchaus möglich. Der zweite Gläubiger erhält durch das (positive) Kreditattest Kenntnis von

[68]) S. 52 ff, insbesondere S. 54 ff.

bereits stattgehabten Treuverpfändungen und durch Vorlage des ersten Treupfandvertrages volle Gewißheit über die bereits verpfändeten Gegenstände. Kann doch dem zweiten Treunehmer ein negatives Kreditattest solange niemals vorgelegt werden, als der Schuldner noch nicht im Kreditverzeichnis gelöscht ist. Hierüber siehe unten S. 67.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß im Fall einer stattgehabten Pfändung zwar das Pfändungspfandrecht zur Entstehung kommt. Es steht aber dem Treunehmer eben als Träger eines absoluten Herrschaftsrechts der prozessuale Rechtsbefehl des § 805 ZPO. zur Seite,[69]) was bereits oben auf S. 40/41 erwähnt worden ist. Der Treunehmer ist Dritter der sich nicht im Besitze der Sache befindet; er ist auch Inhaber eines „Pfand- oder Vorzugsrechts" im Sinne des § 805 ZPO. und hat daher einen prozessualen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös.

VI.

Die Verklarung des Treupfandes.

Es ist im Laufe der Abhandlung mehrfach darauf hingewiesen worden, daß der materiellrechtliche Gehalt des Treupfandes in der personalrechtlichen Bindung des Treurechtsverhältnisses zu sehen ist, daß aber der Gesamttatbestand des Treupfandes, seine publizistische Auswirkung, die im Gegensatz zum bürgerlichrechtlichen Besitz als pfandrechtliche Publizitätsfunktion erscheint, erst in dem mehr als bloße Form zu betrachtenden Kundbarkeitsakt der Verklarung zum Abschluß kommt. Erst durch diese Verklarung wird das Treupfand zu dem Gebilde rechtlicher Sicherung, das als vollwertiger Ersatz der Sicherungsübereignung uns in dieser Abhandlung beschäftigt. Erst durch die Verklarung erhält das Treupfand seine eigentliche Weihe. Durch sie werden jene wirtschaftlichen Mängel, Unzulänglichkeiten und Halbheiten behoben, von denen oben[1]) als dem Hauptanlaß zur Reform der Sicherungsübereignung gesprochen worden ist. Es handelt sich nicht um eine Form, sondern um ein modernes Residuum der dem alten deutschen Recht so wesenseignen Symbolvorgänge. Die Verklarung ist in dem von uns gemeinten Sinne ein symbologischer Rechtsakt.

Es ist nun unsere Aufgabe, darzustellen, wie sich die Verklarung heute zu gestalten hat, um den Bedürfnissen der Wirtschaft vollauf zu genügen.

---

[69]) Vgl. Schwister JW. 1931 S. 1163; DJZ. 1934 S. 16; Hellwig· Gläubigernot 1912 S. 154 ff; Lange im Handbuch S. 948.

[1]) Siehe S. 13 ff.

Die einfachste Form der Verlautbarung der Verpfändung wäre die Anlegung von Pfandzeichen am Treugut. In neuester Zeit [2]) ist außer Schmelzeisen [3]) auch Münzel [4]) für die Anwendung pfändungsrechtlicher Formen eingetreten. Es soll hier kurz auf seinen Vorschlag eingegangen werden.

Münzel entnimmt das Mittel der Erkennbarmachung dem Vollstreckungsrecht, während die vertragliche Verpfändung im übrigen grundsätzlich den bürgerlichrechtlichen Vorschriften über das Pfandrecht unterliegen soll. Für das Verpfändungsverfahren schlägt er folgenden Weg vor [5]): „Der Beurkundungsbeamte nimmt — ohne daß eine Zuziehung des zu sichernden Gläubigers notwendig ist — ein Protokoll über die zu verpfändenden (näher zu bezeichnenden) Gegenstände — gegebenenfalls unter deren Kennzeichnung durch eine Pfandmarke —, dem Gläubiger und die zu sichernde Forderung nach Art und Höhe auf. Das materielle Pfandrecht würde durch die Uebergabe dieses Verpfändungsprotokolls seitens des Schuldners an den Gläubiger entstehen." Die Anlegung eines besonderen Pfandzeichens neben der Aufnahme des eben geschilderten Urkundsakts hält Münzel im Gegensatz zu Schmelzeisen grundsätzlich für entbehrlich, ja er geht darüber hinaus und spricht sogar dem Pfandsiegel für die Zwangsvollstreckung jeden rechtsbegründenden Wert ab. In seinen weiteren Ausführungen erörtert er dann noch, ob es nicht, wie beim Registerpfandrecht vorgesehen, zum Schutze weiterer Kreditgeber noch der Eintragung eines zur Einsicht offenliegenden Registers bedarf.

Die Ansicht Münzels über die Entbehrlichkeit des Pfandsiegels überhaupt erscheint uns zu abwegig, um näher auf sie einzugehen, zumal er es ja für die Erkenntlichmachung des besitzlosen Vertragspfandrechtes überhaupt für entbehrlich hält. [6]) Hervorgehoben sei, daß die Anlegung von Pfandsiegeln für die Verklarung des Treupfandes nicht

---

[2]) Die Verlautbarungsform durch Anlegung von Pfandzeichen hat schon Heck in einem Gutachten für den 21. D.J.T. in Ansehung des Eigentumsvorbehalts vertreten. Vgl. dazu auch Schöndorf im Zentralbl. f. H. R. 68, S. 513.

[3]) a. a. O. S. 100 ff.

[4]) Münzel, Zur Reform der Sicherungsübereignung in JW. 1935, S. 1962.

[5]) a. a. O. S. 1963.

[6]) Es sei hier nur auf § 808 Abs. II Satz 2 ZPO. hingewiesen, der ausdrücklich bestimmt: „Werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist". Vgl. im übrigen Gaupp-Stein-Jonas, § 808 Anmerkung III,3 und Schmelzeisen, a.a.O. S. 90.

in Betracht kommen kann. Abgesehen davon, daß viele Gegenstände für die Anlegung von Pfandsiegel absolut ungeeignet sind (man denke insbesondere an das Handwerkszeug, das Arbeitsgerät usw.), läßt sich diese Art der Kundbarmachung mit dem Treuverhältnis nicht vereinbaren.

Im übrigen erweckt der Vorschlag Münzels, die Sicherungsübereignung durch eine Art privater Pfändung zu ersetzen, verschiedene Bedenken. Wenn das Pfandrecht lediglich durch ein Pfändungsprotokoll verklart werden soll, so reicht das zu einer Sicherung allein nicht aus. Der Zweck der Verlautbarung würde in keiner Weise erreicht, denn der Schuldner könnte die verpfändeten Sachen weiterhin als Kreditunterlage gegenüber anderen Gläubigern verwerten, die von dem voraufgegangenen Verpfändungsakt keine Kenntnis haben und vom Gerichtsvollzieher auch keine Gewißheit darüber erlangen können, in welcher Höhe die frühere Schuld noch besteht.[7])

Ein weiterer Nachteil wäre, daß eine noch so geringe Forderung genügt, einen weit wertvolleren Gegenstand dem Zugriff zu entziehen.

Was das von Münzel außerdem vorgeschlagene Register anbetrifft, so soll hierauf erst im Rahmen der Frage näher eingegangen werden, ob ein Register, wie es von den Befürwortern des Registerpfandrechts vorgeschlagen wird, für die Erkennbarmachung des Treupfandes empfehlenswert erscheint. Es sei an dieser Stelle nur noch erwähnt, daß das doppelte Verfahren, Pfändung durch den Gerichtsvollzieher und Eintragung in ein öffentliches Register, abgesehen von den beträchtlichen Unkosten höchst umständlich ist und daß sich in der Praxis wohl überhaupt nur wenige Gläubiger finden lassen werden, die dieses Verfahren billigen. Der Vorschlag Münzels kann daher für die Verklarung des Treupfandes keine Verwendung finden.

Ein weiterer Vorschlag geht dahin, das Pfandrecht durch Eintragung in ein öffentliches Register zu verklaren. Diese Anregung stammt aus der Zeit vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.[8]) Wenn trotz des bereits über Jahrzehnte hinaus sich erstreckenden Kampfes um die Einführung eines solchen Registers der Gesetzgeber bis heute noch nicht zu einer Regelung sich entschließen konnte, obwohl auch er sich gegen eine Aufrechterhaltung des jetzigen Zustandes ausgesprochen hat[9]), so beweist das mit aller Deutlichkeit,

---

[7]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Senf in JW. 1935, S. 2607.

[8]) Siehe oben S. 28.

S. 948.

[9]) Denkschr. d. RJM. vom 18. 8. 1926, Reichstagsdrucks. des 8. Ausschusses, 3. Wahlperiode 1924/26 Nr. 115.

daß gewichtige Bedenken gegen das Register vorhanden sein müssen. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß die Frage nach der gesetzlichen Normierung eines allgemeinen Registerpfandes eine Reihe von Problemen auslöst, deren Behandlung nicht nur aus juristischen, sondern vor allem auch aus wirtschaftlichen und technischen Gründen große Schwierigkeiten bereitet. Die Bedenken gegen Einführung eines Registers sind so mannigfaltig geäußert worden, daß in Anbetracht der Fülle des Schrifttums [10]) nicht so ausführlich auf sie eingegangen zu werden braucht. Im folgenden soll nur kurz dargetan werden, daß die Verklarung durch Eintragen, in ein Register für das Treupfand nicht in Betracht kommen kann. Die Vorzüge des Registerpfandes [11]) sieht man in der einheitlichen prinzipgemäßen Lösung, die die von uns ja oft genug erwähnten Diskrepanzen zwischen Mittel und Zweck bei der Sicherungsübereignung vermeidet. Ferner ist der Pfandgläubiger beim Registerpfand als echtem bürgerlichrechtlichen Pfand mit Rücksicht auf die Akzessorietät von Pfand und Forderung verpflichtet, auch die Höhe seiner Forderung nachzuweisen, was bei der Sicherungsübereignung entfällt. [12]) Sodann bietet das Registerpfand bei Pfändungen des Registerpfandobjektes den Vorteil, in durchgreifender Weise gemäß § 805 ZPO. geschützt zu werden. Schließlich weist man auf den Registereintrag als ein typisch deutschrechtliches Publizitätsmittel hin, geeignet, seine Wirkungen gegen jedermann zu entfalten.

Demgegenüber hat man aber auch nicht gegeizt mit Argumenten, die als Nachteile des Registerpfandes in die Diskussion geworfen werden. Neben dem Vorwurf der Umständlichkeiten des Verfahrens wird hauptsächlich eingewandt, daß durch das Registerpfand weniger eine Förderung als vielmehr eine Beeinträchtigung der Kreditbeschaffungsmöglichkeiten zu befürchten sei, da durch ein öffentliches Register die Vermögensverhältnisse des Schuldners klargelegt und damit der Personalkredit zerstört werde. [13]) Und dies mit Recht; denn ein auf sein Ansehen haltender Schuldner wird lieber auf Kredit verzichten, als das Odium einer hypothekarischen Belastung seines beweglichen Vermögens auf sich zu nehmen. [14])

---

[10]) Oertmann, Beitrag zum 3. DJT. 1927; Feilner, Sicherungsübereignung oder Registerpfand 1929; Weinberg, Fragen des Gläubigerschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes 1926; Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern 1912; Gierke, Der Entw. eines Bürgerl. Gesetzbuchs und das Deutsche Recht.

[11]) Vgl. hierzu und zu folgendem Oertmann, a.a.O. S. 30 f und v. Liebig u. Bechert, a.a.O. S. 174 ff.

[12]) v. Liebig u. Bechert, a.a.O. S. 174.

[13]) Koch in Bank-Arch. 1926, S. 273.

[14]) Merzbach, Bank-Arch. 1926, S. 184.

Ein die Kreditverhältnisse offenbarendes Register bedeutet damit eine Kreditgefährdung des Registerpfandschuldners. Wer kann noch öffentliches Vertrauen genießen, wenn seine Kapitalverhältnisse öffentlich bekannt gemacht werden? Ein Registerpfand, dem man aber die Oeffentlichkeit nimmt, ist wertlos. Insbesondere hat ja Oertmann, der die Nachteile des Registerpfandes besonders ausführlich erörtert hat, dem Pfandregister den öffentlichen Glauben, wie wir ihn vom Grundbuch her kennen, versagt. Nach ihm soll die Einreichung beim Registergericht nur als unerläßliche Form für die Entstehung des Pfandrechts gelten; es soll aber keinerlei Rechtsscheinwirkung äußern können. Besonders häufig sind dann auch die Hinweise auf die Nachteile, die beim Registerpfand dadurch entstehen, daß es vielfach Sachen betrifft, die dem Verpfänder gar nicht gehören. Sollen hier die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb Anwendung finden? Viele, so Oertmann, lehnen dies ab, da der gute Glaube nur bei körperlicher Besitzübertragung geschützt werden dürfe. Auch bei bestehenden gesetzlichen Pfandrechten entstehen Schwierigkeiten. Auch sie sollen durch das Registerpfand nicht erschüttert werden dürfen. Ueberhaupt dürfe das Registerpfand keine größere Immunität im Vergleich mit anderen Sachenrechten genießen. Dadurch aber gerade das Registerpfand ins Hintertreffen und könne der hohen ihr von der Wirtschaft gewiesenen Aufgabe nicht genügen.

Aus all dem sieht man, daß in der Tat die ganze Registerpfandidee teils scheitert an den Umständlichkeiten des Verfahrens und den Gefahren der Publizität für den Schuldner, teils an den Unsicherheiten, die eine solche Bestellung eines Registerpfandes für den Gläubiger mit sich bringt.

Man muß daher von der ganzen Registervorstellung absehen und das Verklarungsproblem von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus anpacken. Wir müssen nämlich hierbei von der Person des ehrlichen Schuldners ausgehen, der gar nicht Gefahr läuft, seine Kreditfähigkeit dem Licht der Oeffentlichkeit auszusetzen, sondern offen und aktiv selbst Interesse daran hat, dem Gläubiger seine Geld- und Kapitalverhältnisse klar zu legen, der also unter dem Gesichtspunkt „Treue um Treue" sich bewußt dem Gläubiger gegenüber ehrlich machen will, getragen von dem Wunsche, daß der Geldgeber auf das genaueste weiß, wem er sein Vermögen anvertraut. Der Schuldner soll daher aus der Stellung eines passiv Betroffenen herausgerissen und zu einem die Kredit- und Pfandbeziehung aktiv Gestaltenden, sich dem Treunehmer gegenüber kreditehrlich machenden Treugeber erhoben werden. Diesem Zweck dient das Kreditattest. Wie wir uns eine solche Urkunde und damit den ganzen Verklarungsvorgang vorstellen, soll im folgenden aufgezeigt werden.

Auszugehen ist zunächst davon, daß wegen der Wichtigkeit aller zur Zeit in Deutschland getätigten Sicherungsübereignungsverträge für die deutsche Wirtschaft unser Treupfandgeschäft notarieller Form unterworfen werden muß.[15]) Man mag dieser Form den Nachteil der Notariatskosten entgegenhalten. Dieser tritt aber gegenüber den Vorteilen einer notariellen Beurkundung weit zurück, wenn man insbesondere bedenkt, daß die notarielle Form heute „nicht allein dem einzelnen als stummer Zeuge und Warner" dient, sondern „daß ihre wesentliche Aufgabe darin besteht, dem Gebot der Gemeinschaft nach gerechter und gemeinnütziger Regelung bereits bei der Gestaltung des Geschäfts Achtung zu verschaffen, nicht nur Beweis- oder Warnungsform, sondern vor allem Kontrollorgan zu sein".[16]) Wir stellen daher den Treupfandvertrag auch deshalb unter notarielle Form, weil, wie sie unten zeigen wird, eine Amtsperson in den Gesamtvorgang eingeschaltet werden muß, die einmal über die Lauterkeit des Vertrages zu wachsen hat, außerdem aber dazu berufen ist, die Vertragsurkunde an einer bestimmten staatlichen Stelle[17]) zu hinterlegen.

Nun zum eigentlichen Verklarungsvorgang selbst. Bei sämtlichen Amtsgerichten wird entsprechend dem Schuldnerverzeichnis ein sogenanntes Kreditschuldnerverzeichnis geführt. Zuständig für die Führung dieses Verzeichnisses soll nicht etwa das Amtsgericht des Wohnsitzes des Schuldners, sondern das Amtsgericht seines Geburtsortes sein.[18]) Darauf ist besonders zu achten. Während der Wohnsitz einer Person häufig wechseln kann, so daß sich die Feststellung betreffs bereits abgeschlossener Treupfandverträge äußerst schwierig gestaltet, wenn nicht unmöglich ist, bedarf es in unserem Falle keines langen Suchens und Anfragens bei mehreren Amtsgerichten des jeweils innegehabten Wohnsitzes, sondern einer einzigen Anfrage bei dem Amtsgericht des Geburtsortes des Schuldners, der ja unschwer festzustellen ist.[19]) Diese Maßnahme soll dazu dienen, jede unnötige Zeitversäumnis zu vermeiden, und es soll dadurch verhindert werden, gerade jenen Undurchsichtigkeiten vorzubeugen, die während schwebender Kreditverhandlungen zu einer großen Gefahr für Schuldner und Gläubiger werden können.

---

[15]) Dies beabsichtigt auch Schmelzeisen, a.a.O. S. 100.

[16]) Vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 16 u. 55; ferner im Handbuch, S. 943, 947.

[17]) siehe unten

[18]) Dies ist beim Strafregister übrigens auch der Fall.

[19]) Bei im Ausland geborenen Personen bezw. bei Ausländern wäre das Amtsgericht Berlin zuständig.

[20]) siehe S. 133.

Das Kreditschuldnerverzeichnis ist kein öffentliches Register. Es hat nichts mit dem Grundbuch, dem Handelsregister oder ähnlicher öffentlichen Glauben genießender Bücher zu tun, weshalb uns auch die oben geschilderte Streitfrage, ob man dem Register des Registerpfandrechts öffentlichen Glauben beizumessen hat oder nicht, gar nicht interessiert. Das Kreditschuldnerverzeichnis dient lediglich dazu, dem Schuldner eine amtliche Urkunde über die Belastung oder Lastenfreiheit seines beweglichen Vermögens zur Verfügung zu stellen; es dient also seinem eigenen Interesse. Selbstverständlich kann bei Interventionsprozessen oder sonstigen prozessualen Streitigkeiten vom Richter eine Abschrift des Verzeichnisses zu den Prozeßakten verlangt werden, um festzustellen, ob die in Streit befangenen Sachen mit einem Pfandrecht belastet sind oder nicht. Diese Befugnis des Prozeßrichters beruht aber auf der ihm heute von der Prozeßordnung eingeräumten Macht, die Wahrheit vorgetragener Parteibehauptungen — selbstverständlich in den Grenzen der Prozeßanträge — in geeigneter und zweckmäßiger Weise festzustellen. Im übrigen werden nur dem Schuldner auf seinen Antrag Abschriften, sogenannte Kreditatteste, gefertigt, so daß nur er rechtens als Interessierter erscheint und für irgendwelche Schnüffeleien Dritter keinerlei Raum ist.

Das Kreditschuldnerverzeichnis wird nach dem Namen des Schuldners geführt. Es enthält Vor- und Nachnamen, Beruf, Geburtsdatum und Wohnsitz des Schuldners. Außerdem enthält das Verzeichnis in einer zweiten Rubrik den Namen, Beruf und Wohnsitz des Gläubigers. Schließlich zeigt es die Nummer auf, unter welcher der notarielle Vertrag, in dem ja die Forderung und die einzelnen verpfändeten Gegenstände aufgeführt sind, bei dem Amtsgericht niedergelegt ist. Ueber den notariellen Vertrag ist oben [20]) gesprochen worden.

Die Vorteile eines solchen Verzeichnisses gegenüber dem Register liegen, abgesehen von der bedeutend einfacheren technischen und demzufolge auch entsprechend billigere Ausgestaltung und Handhabung darin, daß es nicht öffentlich ist, damit nicht die Kreditverhältnisse des Schuldners offenbart werden. Es kann übrigens in derselben Abteilung geführt werden wie das Schuldnerverzeichnis, sodaß sich ein erweiterter Beamtenapparat erübrigt.

Auf Antrag des kreditsuchenden Schuldners wird diesem eine Urkunde, das Kreditattest, (öffentliche Urkunde im Sinne des § 267 StGB.) vom Amtsgericht übersandt. Diese Urkunde kann je nachdem, ob das bewegliche Vermögen des Schuldners belastet ist oder nicht, positiv oder negativ lauten. Die Kreditatteste müßten folgenden Wortlaut haben:

---

[20]) Siehe S. 64.

Negatives Kreditattest.

Es wird hiermit dem Kaufmann A, geboren am ..... zu X, jetzt wohnhaft in Y, auf seinen Antrag vom ..... bescheinigt, daß sein bewegliches Vermögen laut Inhalt des Kreditschuldnerverzeichnisses nicht belastet ist.

Amtsgericht Z, den .....

(Siegel)!

Positives Kreditattest.

Es wird hiermit dem Kaufmann A, geboren am ..... zu X, jetzt wohnhaft in Y, auf seinen Antrag vom ..... bescheinigt, daß Teile seines beweglichen Vermögens laut notarieller Urkunde (Nr. ... des Not.Reg. vom ..... des Notars NN in Y) mit einem Treupfand zugunsten des Kaufmanns C in P belastet sind.

Amtsgericht Z, den .....

(Siegel)!

Der Unterschied zwischen beiden Attesten besteht darin, daß der Schuldner mit einem negativen Kreditattest den Kredit viel eher erhält als mit einem positiven. Letzteres nützt dem Schuldner nur dann, wenn er seine alte Schuld bereits erheblich getilgt hat und nun einen anderen Gläubiger gefunden hat, der ihm trotz Bestehens des ersten Treupfandrechts einen Kredit einräumt, der natürlich dem ersten im Range nachsteht. Der zweite Treupfandgläubiger kann sich ja leicht anhand einer Abschrift des ersten notariellen Vertrages die sowohl Schuldner als Gläubiger erhalten und durch Vorlegung von Quittungen über Rückzahlungen an den vorhergehenden Treupfandgläubiger davon überzeugen, in welcher Betragshöhe das bewegliche Vermögen des Schuldners noch für das erste Treupfand haftet.

In diesem Zusammenhang sei noch auf einen weiteren bedeutenden Vorteil des Kreditattestes hingewiesen. Nicht allein der Treupfandgläubiger kann sich nämlich von seinem zukünftigen Schuldner ein Kreditattest vorlegen lassen, vielmehr können auch alle diejenigen Personen davon Gebrauch machen, die mit dem Schuldner in Geschäftsverbindung treten und sich von der Kreditehrlichkeit seines Schuldners überzeugen.

Der Schuldner begibt sich nun mit seinem Gläubiger zu dem für die Beurkundung des Treupfandvertrages gewählten Notar. Dieser nimmt das Attest vom Schuldner entgegen und gibt dem Gläubiger Gelegenheit zur Einsicht, damit er sich persönlich von der Kreditehrlichkeit seines Schuldners überzeugen kann.

Nunmehr nimmt der Notar den Treupfandvertrag auf (es empfehlen sich Einheits-Treupfandverträge) und beur-

kundet ihn. Die Hingabe des Kredits erfolgt in Gegenwart des Notars oder in der sonst vereinbarten Weise.

Nach Abschluß des Vertrages hat der Notar eine Ausfertigung desselben sowie das Kreditattest von Amts wegen unverzüglich an das Amtsgericht des Geburtsortes des Schuldners zu versenden.

Nach Eingang des Vertrages beim Amtsgericht wird der Vorgang in das Kreditschuldnerverzeichnis wie oben dargestellt eingetragen. Die folgenden Atteste können nun, solange die Eintragung noch nicht gelöscht ist, nur positiv lauten.

Hervorgehoben sei noch, daß ein Schuldner immer nur einmal ein Attest anfordern kann. Ein zweites Attest stellt das Amtsgericht erst aus, wenn entweder ein Notar das Attest nebst einem Treupfandvertrage eingereicht oder der Schuldner es selbst nach vergeblichen Kreditbemühungen zurückgereicht hat. Damit soll vermieden werden, daß der Schuldner mit mehreren Attesten zugleich durch Aufnahme mehrerer Kredite bei verschiedenen Gläubigern dieselben Gegenstände mehrmals belastet. Allen unlauteren Maßnahmen seitens des Schuldners ist damit ein Riegel vorgeschoben.

Nach Rückzahlung des Kredits hat der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung. Erteilt der Gläubiger diese Urkunde nicht, macht er sich gegebenenfalls aus dem Treupfandvertrage schadensersatzpflichtig. Nach Erhalt der Löschungsbewilligung reicht der Schuldner diese beim Amtsgericht seines Geburtsortes ein und beantragt die Löschung der Eintragung im Kreditschuldnerverzeichnis. Nach der Löschung wird das Kreditattest vom Amtsgericht vernichtet. Auf Antrag erlangt nun wieder der Schuldner ein negatives Kreditattest, um gegebenenfalls einen neuen Kredit aufzunehmen.

Zusammenfassend würde sich also der Vorgang folgendermaßen abspielen:

1. Vorverhandlungen der Beteiligten über Kredithingabe und beabsichtigte Treupfandbestellung. Besichtigung der Pfandgegenstände durch den Gläubiger.
2. Antrag des Schuldners beim Amtsgericht seines Geburtsortes auf Erteilung eines Kreditattestes.
3. Prüfung durch das Amtsgericht anhand des Kreditschuldnerverzeichnisses. Ausstellung eines (positiven oder negativen) Kreditattestes und Uebersendung an den Schuldner.
4. Notarieller Akt: Abschluß des Treupfandvertrages unter Vorlegung des amtsgerichtlichen Kreditattestes nach Einsichtnahme durch den Gläubiger; Zahlung der Kreditsumme; Uebergabe des Attestes an den Notar.
5. Uebersendung des Kreditattestes sowie einer Ausfertigung des notariellen Vertrages an das Amtsgericht des

Geburtsortes des Schuldners zu den dort anzulegenden oder bereits geführten Akten.

6. Eintragung des Vorganges in das Kreditschuldnerverzeichnis (Rechtspflege).
7. Nach Abwicklung(Rückzahlung) des Treupfandgeschäfts: Erteilung einer Löschungsbewilligung seitens des Gläubigers an den Schuldner.
8. Einreichung der Löschungsbewilligung beim Amtsgericht mit Antrag des Schuldners auf Löschung.
9. Löschung im Kreditschuldnerverzeichnis und Vernichtung des beim Amtsgericht befindlichen Attestes. Die Akten werden bis zum Eintreffen weiterer Anträge weggelegt.

Selbstverständlich sollen die hier dargestellten Vorgänge nur in großen Umrissen aufzeigen, wie wir uns den Verklarungsvorgang im ganzen vorstellen. Es bleibt unbenommen, diese Vorschläge in Einzelheiten abzuändern oder zu ergänzen. Was uns aber wesentlich erscheint, ist die Tatsache, daß mit den Halbheiten und Unvollkommenheiten der bisher so beliebten Sicherungsübereignung bei dem von uns vorgeschlagenen Verfahren endgültig aufgeräumt wird. Wir überwinden mit der Treupfandverklarung nicht nur alle juristischen Konstruktionsschwierigkeiten, die sich andern Rechtsinstituten entgegenstellten, sondern wir schaffen damit die so lange ersehnte Vereinheitlichung von Rechts- und Wirtschaftsvorgang und vermeiden jene üble Diskrepanz von Mittel und Zweck, die sich wie ein roter Faden bisher durch das Gestrüpp aller Verbesserungsvorschläge der Sicherungsübereignung hindurchzog. Sittenwidrige Machenschaften, wirtschaftsgefährdende Handlungen der Beteiligten sind radikal ausgeschlossen, da zwei staatliche Stellen, Notar und Amtsgericht, in das Verklarungsverfahren eingespannt, einen sicheren Schutz gegen das Walten der schädlichen Kräfte insbesondere solcher Gläubiger sind, die sich ungebührlich viele Sachen verpfänden lassen, die wertmäßig in keinem Verhältnis zur Höhe der Forderung stehen. Damit ist aber auch nicht zuletzt die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung beseitigt. Dem ehrlichen Schuldner wird im Kreditattest ein Mittel gegeben, dessen Benutzung er niemals zu scheuen braucht, das ihm niemals gefährlich werden kann und das er nur zur benutzen braucht, wenn er es will.

Andererseits ist der Gläubiger sicher, sein Geld nur einem Würdigen anvertraut zu sehen und ferner sicher davor, daß das Treugut nicht anderweitig bereits belastet ist, ein Umstand der ja bei der Sicherungsübereignung als sehr nachteilig bekannt ist. Er trägt das Risiko bei dieser Kreditaktion nur in gleichem Grade, wie es schließlich jeder heute trägt, der einem andern Geld leiht.

So sind, wie wir glauben, in gerechter Weise die Interessen der drei beteiligten Faktoren: Gläubiger, Schuldner und Staat gewahrt. Und der hier aufgezeigte Weg wird gewiß der Rechts- und Wirtschaftspraxis keine Mühe bereiten.

Daß aber die Fundamente unseres Gebildes lediglich aus Rohstoffen deutscher Kultur und deutschen Rechts, aus dem Wesen deutscher Treue geschaffen sind, daß insbesondere die Verklarung als bedeutsames Treuesymbol uns entgegentritt, will uns nicht zuletzt als geeigneter Beitrag zur Reform der Sicherungsübereignung und damit auch des deutschen Kreditwesens und seiner Rechtsgestaltung erscheinen.